

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA**  
**CAMPUS DE CACOAL**  
**Departamento do Curso de Direito**

**A LICENÇA-MATERNIDADE À SERVIDORA PÚBLICA MÃE  
ADOTANTE EM FACE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO  
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**Sandra Bezerra Mourão**

**Cacoal/RO**  
**2008**

**SANDRA BEZERRA MOURÃO**

**A LICENÇA-MATERNIDADE À SERVIDORA PÚBLICA MÃE  
ADOTANTE EM FACE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO  
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal – como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito sob a orientação da Professora Especialista Claudinéia Duarte da Silva Gomes.

Cacoal / RO  
2008

---

MOURÃO, S. B.

A Licença-maternidade à Servidora Pública Mãe Adotante em Face dos  
Princípios do Direito da Criança e do Adolescente

Sandra Bezerra Mourão – 2008

Vii, 132 f., enc.; 30 cm

Monografia – Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus*  
de Cacoal –, 2008.

Bibliografia: f. 115 – 120.

I – Título

---

## **Parecer de Admissibilidade da Professora Orientadora**

A Acadêmica **Sandra Bezerra Mourão**, desenvolveu o Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas, cujo o tema é **A Licença-maternidade à Servidora Pública Mãe Adotante em Face dos Princípios do Direito da Criança e do Adolescente**, obedecendo os critérios estabelecidos no Regulamento de Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Federal de Rondônia – UNIR, *Campus* de Cacoal, bem como obedeceu ao projeto apresentado ao Departamento do Curso de Direito.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho obedecido os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Assim, a Acadêmica está apta para a apresentação expositiva de sua Monografia junto à Banca Examinadora.

Cacoal, RO, 14 de Março de 2008.

**Professora Especialista Claudinéia Duarte da Silva Gomes**

Orientadora

**SANDRA BEZERRA MOURÃO**

**A LICENÇA-MATERNIDADE À SERVIDORA PÚBLICA MÃE  
ADOTANTE EM FACE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO  
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**AVALIADORES**

Prof <sup>a</sup> . Esp. Claudinéia Duarte da Silva Gomes Presidente da Banca Examinadora	-	Nota
Prof <sup>a</sup> . Ms. Maria Priscila Soares Berro Membro da Banca Examinadora	-	Nota
Prof. Esp. José de Moraes Membro da Banca Examinadora	-	Nota

Média Final

**Cacoal, RO,  
2008.**

*Dedico a Deus e à minha amada mãe, meus  
melhores amigos, incentivadores e companhei-  
ros de todas as horas.*

*Àquele em quem estão escondidos todos os tesouros da sabedoria e da ciência (Colossenses 2:3).*

*Ao colega Rizomar pela atenção, incentivo, conselhos e questionamentos que me levaram a reflexões essenciais para a elaboração da pesquisa.*

*Ao querido e dedicado professor Francisco Gonçalves Quiles: "O professor atinge a eternidade, pois não se sabe onde termina sua influência".*

*Henry Adams*

*Ao Dr. Eduardo Fernandes Rodovalho de Oliveira, pela gentileza de ter acompanhado, na condição de leitor, a construção deste trabalho.*

*A mãe representa para o filho o bem, a providência, a lei, em uma palavra: a Divindade em uma forma acessível à infância.*

*Henry Frédéric Amiel*



## RESUMO

MOURÃO, Sandra Bezerra. A Licença-Maternidade à Servidora Pública Mãe Adotante em Face dos Princípios do Direito da Criança e do Adolescente, 132 folhas, Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus de Cacoal*. 2008.

O trabalho apresenta o estudo sobre uma questão ainda controversa para os tribunais brasileiros: a duração da licença-maternidade concedida à servidora pública adotante quando o adotado for criança de até 1 (um) ano de idade. Partindo-se das fundamentações das duas correntes jurisprudenciais existentes, buscou-se descobrir qual delas está em consonância com as principais regras e princípios que regem o direito da criança e do adolescente e demais princípios constitucionais. Assim, será analisado o tratamento que se deu às questões relativas à infância no Brasil, desde o período colonial até o advento da ordem constitucional contemporânea; o conceito de criança e as principais características do direito da criança e do adolescente. No que concerne ao direito à licença-maternidade, serão abordados: sua evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro; conceito; natureza jurídica; o modo como esse direito é disciplinado na legislação celetista e em algumas legislações que regulamentam o regime jurídico-administrativo de servidores públicos, no âmbito federal, estadual e municipal e, finalmente, a importância da licença-maternidade para a gestante (mãe biológica), para a mãe adotante e, em especial, para a criança.

**Palavras-chave:** Licença-maternidade. Servidora mãe adotante. Princípios constitucionais. Direito da criança.

## ABSTRACT

MOURÃO, Sandra Bezerra. The Maternity-license to the Public Employee Adopting-mother, according to Principles and Rights for Children and Adolescents, 132 pages, Monograph for the Federal University Foundation of Rondonia, at the *Campus* of Cacoal, 2008.

The presents study objectives to verify, according to the rules and principles that bind the rights for children and adolescents, inserted in the Republican Constitution, wether the woman employee adopying a child of one year of age has the right to the maternity-license granted by the Federal Constitution in its 7<sup>th</sup> article, incise XVIII, thoug the statute to which the adopting-mother is subornated does not treat the benefit directly. In order to reach such an objective, it will present the history of treatments for Brazilian Children, from colonial times till now, when the juridical ordainment follows the 1988 Constitution. In this way, too, the conquest of the right of maternity-license, according to the evolution of laws that rule it. It will even present the biological, historical and juridical concepts of human being as a child. It will also discuss concepts, juridical essence and classifitying of rights for maternity-license, and which were the understanding of tribunals before the extension of the maternity-license to the adopting-mother under the ancient 'Labor laws', so as the obstacles were definitively won the Labor Jurisdiction. It will analyze too the constitutional principles and fuctional process and applied to interpretation and applying rules in Brazilian current juridical ordainment, as much as the juridical doctrine of integral protection and its main principles and rules binding children and adolescents rigths, in connection with the present study. As the relevance of the theme is understandable, it will to present the importance of maternity-license for the pregnant biological mother, as much as for the adopting-mother, and much more for the child. It will analyze what is related to the righ of maternity-license to adopting-mother, and laws wich rule the juridical system for employees of the Union and from some States, Federal District, the Counties of Porto Velho and Cacoal and, finally, the understanding about the concession of the same rigths to the adopting-mother.

**Keywords:** maternity-license. Adopting-mother employee. Constitutional principles. Rights of children.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Constituição Federal (CF).

Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-lei n.º 5.412/43 (CLT).

Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH).

Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º 8.069/90 (ECA).

Escola Superior de Guerra (ESG).

Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor (FUNABEM).

Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Partido Democrático Trabalhista (PDT)

Política Nacional de Bem-Estar do Menor (PNBEM).

Serviço de Assistência a Menores (SAM).

Supremo Tribunal Federal (STF).

Tribunal Superior do Trabalho (TST).

*Ibidem* [eÁÈbidE(m)] [Lat.]. Aí mesmo; no mesmo lugar. Na mesma obra, capítulo ou página (*ib*).

*Opere citato* – [ÈpErE kiÈtato] [Lat.]. Na obra citada. [Us. em remissão bibliográfica. Abrev. (*Op. cit*)].

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2. LINEARES HISTÓRICOS .....</b>	<b>17</b>
2.1 DA PROTEÇÃO À INFÂNCIA NO BRASIL.....	18
2.2 DA LICENÇA-MATERNIDADE .....	31
<b>3. CONCEITOS .....</b>	<b>37</b>
3.1 CRIANÇA .....	37
3.2 LICENÇA-MATERNIDADE .....	45
<b>4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>52</b>
4.1 CONCEITO.....	52
4.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	58
4.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	61
4.4 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	64
<b>5. A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....</b>	<b>66</b>
5.1 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	67
5.2 O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA .....	71
5.3 DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR .....	73
5.4 DA VEDAÇÃO A DESIGNAÇÕES DISCRIMINATÓRIAS RELATIVAS À ORIGEM DA FILIAÇÃO.....	76

<b>6. A IMPORTÂNCIA DA LICENÇA-MATERNIDADE .....</b>	<b>81</b>
6.1 PARA A GESTANTE.....	81
6.2 PARA A MÃE ADOTANTE .....	84
6.3 PARA A CRIANÇA .....	86
 <b>7. A LICENÇA-MATERNIDADE À ADOTANTE NOS REGIMES JURÍDICO- ADMINISTRATIVOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS .....</b>	 <b>94</b>
7.1 LEGISLAÇÕES DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL .....	94
7.2 LEGISLAÇÕES DOS MUNICÍPIOS DE PORTO VELHO E DE CACOAL.....	105
7.3 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS .....	106
 <b>8. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	 <b>112</b>
 <b>9. REFERÊNCIAS.....</b>	 <b>115</b>
 <b>ANEXOS.....</b>	 <b>121</b>
ANEXO A – Mandado de Segurança .....	122
ANEXO B – Apelação em Mandado de Segurança.....	127

## **1. INTRODUÇÃO**

O ordenamento jurídico brasileiro reflete, em sua Lei Maior, uma profunda valorização do ser humano, colocando-o como o centro e o fim do direito. A veracidade dessa assertiva pode ser verificada ao longo da leitura de todo o texto da Constituição Federal de 1988, a começar pelo seu preâmbulo que, embora não possua força normativa, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, serve como fonte de integração e interpretação das normas constitucionais, por trazer em si, no momento da instituição do Estado Democrático, os ideais almejados pela sociedade e os valores nela cristalizados.

A importância dada ao ser humano pelo ordenamento jurídico pátrio é observada também na adoção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil. Dessa forma, a esse princípio deve-se obediência tanto no processo de construção das demais normas quanto no de sua interpretação, sob pena de afronta direta às bases do arcabouço jurídico. Do mesmo modo, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais, exemplificativamente postados ao longo da Lei Suprema, evidencia a preeminência do indivíduo na ordem constitucional contemporânea.

Uma das características marcantes do sistema jurídico-ideológico vigente é a sua preocupação em tutelar os hipossuficientes, a fim de minorar as desigualdades decorrentes de fatores pessoais, históricos, sociais e econômicos geradores de marginalização. Nesse contexto é que se destaca a proteção conferida pela

presente ordem jurídica aos trabalhadores, aos consumidores, ao idoso e, **em especial e com primazia**, à criança e ao adolescente.

O fato é que a Constituição Federal de 1988 apresentou um marco histórico na evolução dos direitos da infância e juventude. Foi ela que conferiu a todas as crianças e adolescentes o *status* de sujeitos de direito, algo inédito no Brasil, pois até então esses indivíduos eram tratados simplesmente como objetos do direito. A Constituição foi além e, ao lado de direitos e garantias fundamentais, concedeu à infância e juventude uma série de direitos especiais em virtude de sua hipossuficiência e da condição peculiar em que se encontram – a de pessoas em desenvolvimento de sua personalidade e potencialidades humanas.

Determinou ainda a Lei Magna que todos os direitos enunciados em seu texto a favor dessa parcela da população deveriam e devem ser efetivados com primazia absoluta, sendo a responsabilidade por esse ônus dividida com a família, o Estado e a sociedade. Dessa forma, com a inserção da doutrina da proteção integral no ordenamento pátrio e sua regulamentação pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA –, crianças e adolescentes passam a ser sujeitos de direitos, os quais precisam ser concretizados, com absoluta prioridade. Isso significa que, ante a impossibilidade de assegurarem-se direitos a todos os que necessitam da prestação, deve-se atender primeiramente à população infanto-juvenil. A “prioridade absoluta” da efetivação dos direitos da criança e do adolescente trata-se, na verdade, de um princípio desse setor do direito, servindo, dentre outras funções, como instrumento de interpretação e aplicação do direito nos mais variados casos (ECA, art. 2.º).

Assim, tanto o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (e demais princípios constitucionais) quanto os princípios que informam o direito da criança e do adolescente devem ser observados obrigatoriamente pelo intérprete e aplicador da norma na análise do caso que se lhe apresenta e envolva interesses de crianças e adolescentes.

Partindo-se dessas informações, pretende-se descobrir se a mãe servidora pública adotante de criança até 1 (um) ano de idade, diante das regras e dos prin-



cípios do direito da criança e do adolescente, bem como dos demais princípios constitucionais, tem direito à licença-maternidade com a mesma duração da licença concedida à servidora gestante, independentemente do modo como estabeleça o estatuto ao qual a adotante esteja subordinada.

A pesquisa será delimitada ao estudo do direito à licença-maternidade à servidora pública submetida ao regime estatutário e que adotar criança com até 1 (um) ano de idade. Na abordagem do assunto será utilizado o método indutivo, acompanhado de pesquisa exploratória. Desenvolver-se-á o trabalho em seis capítulos.

O primeiro capítulo versará sobre os lineares históricos da proteção à infância no Brasil, desde o período colonial até os dias contemporâneos, bem como da evolução do direito à licença-maternidade e das legislações que o disciplinaram.

No segundo capítulo será estudada a evolução histórica do conceito de infância e criança, sendo apresentado também o conceito biológico e jurídico. Analisar-se-á o conceito do direito “licença-maternidade”, sua classificação, natureza jurídica, bem como deu-se a sua extensão à trabalhadora mãe adotante submetida à legislação celetista e qual era o entendimento dos tribunais antes disso.

O capítulo terceiro versará acerca da evolução histórica do conceito de princípios jurídicos, sobre a sua importância e a função que desempenham no ordenamento jurídico contemporâneo. Serão estudados também os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da legalidade na Administração Pública.

No capítulo quarto serão abordados algumas características do direito da criança e do adolescente, da doutrina da proteção integral, bem como dos princípios informadores desse setor do direito.

O capítulo quinto descreverá a importância da licença-maternidade para a gestante e mãe biológica, para a mãe adotante e para a criança de até 1 (um) ano de idade.

No capítulo sexto será analisado o direito à licença-maternidade à servidora pública adotante nas leis que disciplinam os regimes jurídico-administrativos dos servidores públicos: da União; de 24 (vinte e quatro) Estados da Federação (com exceção dos Estados do Ceará e do Tocantins); do Distrito Federal e dos municípios de Porto Velho e Cacoal.

O interesse pela realização da pesquisa nasceu da repercussão provocada pela Emenda de n.º 46/2006 à Constituição Estadual, que prorrogou por mais 60 (sessenta) dias o período de gozo da licença-maternidade à servidora pública do Estado de Rondônia. Durante consulta ao repositório de decisões do Tribunal de Justiça de Rondônia, constatou-se a existência de mandados de segurança impetrados por servidoras para que lhes fossem assegurada a prorrogação do período da licença, uma vez que estavam usufruindo-a na data em que entrou em vigor o referido dispositivo constitucional.

O enfoque e a delimitação do tema da pesquisa surgiram também da leitura das jurisprudências, porém sobre decisões de ações ajuizadas por servidoras públicas mães adotantes que pleiteavam o exercício do direito à licença-maternidade nos mesmos moldes da mãe biológica, principalmente quando o adotado era criança com menos de 1 (um) ano de idade. Foi com muita surpresa que se verificou a existência de decisões contraditórias e com os mais variados fundamentos. Dessa forma, decidiu-se analisar as duas correntes jurisprudenciais e estudar de forma pormenorizada o conteúdo de seus fundamentos, buscando-se, para esse fim, respaldo doutrinário, com o intuito de descobrir qual delas estava em consonância com as finalidades buscadas pelo direito.

A importância da pesquisa reside no fato de trazer conhecimentos doutrinários indispensáveis para a reflexão, não só sobre o tema apresentado no trabalho, mas também acerca de outros assuntos correlatos. Todavia não se tem a pretensão

de esgotar a matéria, mas tão-somente contribuir para o exame de uma questão controversa, atual e amplamente debatida nos tribunais.

## **2. LINEARES HISTÓRICOS**

Neste capítulo será abordada a história do tratamento dado à criança no Brasil, bem como a evolução da legislação que concedeu à mulher trabalhadora o direito à licença-maternidade.

No que concerne à questão da infância, o enfoque será voltado às políticas adotadas nos cuidados com essa parcela da população e às legislações que foram produzidas desde o Brasil Colônia até o período pós-Constituição Federal de 1988. A importância da análise do assunto, sob essa perspectiva, justifica-se pelo fato de que tanto as medidas adotadas quanto as leis criadas em cada período traduzem o modo por que a sociedade e o Estado percebem o ser humano criança.

Já o estudo das mudanças pelas quais passou a legislação que conferiu à mulher trabalhadora o direito à licença-maternidade mostra-se inexorável para a melhor compreensão do propósito a que se destinavam essas normas no momento de sua gênese, bem como para a apreensão do objeto e do alcance que referidas normas, no que forem compatíveis com a Constituição Federal de 1988, passam a ter com o deslocamento de paradigmas operados com o advento da ordem constitucional contemporânea.

## 2.1 DA PROTEÇÃO À INFÂNCIA NO BRASIL

As atenções voltadas à infância no Brasil, no período colonial, foram marcadas pelo assistencialismo caritativo, praticado, em maior parte, pela Igreja Católica e, algumas vezes, por particulares. Contava-se com esparsas subvenções dos poderes públicos, embora, à época do Brasil Colônia, as Ordenações do Reino impusessem às municipalidades o dever de amparar toda criança que fosse abandonada em seus territórios. Todavia, quando de fato houve essa assistência, não se criou entidade especial com esse propósito.<sup>1</sup>

Portanto foi uma fase caracterizada pela ausência do aparelho estatal no que pertence aos cuidados prestados à infância, vez que essa tarefa foi deixada a cargo de particulares, contribuindo os poderes públicos, no máximo e de forma esporádica, com ajuda financeira irrisória.

As altas taxas de mortalidade infantil, ao longo da Idade Média, fizeram com que perdurasse, por muito tempo, o sentimento de indiferença em relação à infância. A criança cuja existência era breve raramente saía de uma espécie de anonimato, não havendo, pois, razões para pranteá-la, já que logo seria substituída por outra.<sup>2</sup> Porém, foi também na Idade Média, por influência da Igreja, que crianças abandonadas começaram a ser assistidas na Europa por intermédio da roda de expostos.<sup>3</sup>

O ato de abandonar crianças recém-nascidas era algo corriqueiro desde a Antigüidade (entre os gregos e os romanos, por exemplo), sendo considerado uma alternativa ao infanticídio, que também não deixava de ser uma prática comum. O abandono de crianças, no Brasil, era um ato necessariamente urbano, haja vista ser

---

<sup>1</sup> MARCILIO, Maria Luiza. **A Roda dos Expostos e a Criança Abandonada na História do Brasil. 1726-1950.** São Paulo. Cortez, 2006.p.69.

<sup>2</sup> ARIËS, Philippe. **História Social da Criança e da Família.** 2.ed. Rio de Janeiro. LTC. 1981.p.22.

<sup>3</sup> Segundo Maria Luiza Marcilio, op. cit., p.57, a roda de expostos consistia em um dispositivo cilíndrico onde se colocavam os bebês que se queria abandonar. Tal dispositivo era dividido ao meio por uma tábua e fixado no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro inferior e em sua abertura externa, o expositor colocava a criança e depois girava a roda para que o bebê estivesse do lado interno da instituição. Em seguida, puxava uma corda com uma sineta para avisar que uma criança acabara de ser abandonada, retirando-se furtivamente do local, sem ser identificado.

a mão-de-obra dos filhos essencial e valiosa no meio rural, principalmente para famílias não possuidoras de escravos. Em muitos casos, as poucas crianças abandonadas acolhidas por particulares eram transformadas em mão-de-obra familiar suplementar.<sup>4</sup>

A roda de expostos apareceu por volta do século XII na Itália e sua origem estava relacionada ao surgimento de confrarias de caridade ligadas à Igreja. No Brasil, a primeira roda de expostos foi estabelecida em 1726, junto à Santa Casa de Misericórdia na cidade de Salvador, Bahia. Posteriormente, duas outras foram implantadas na cidade do Rio de Janeiro (1738) e em Recife (1789), a última a ser implantada no período colonial. Segundo leciona Maria Luiza Marcilio:

A roda de expostos foi uma das instituições brasileiras de mais longa vida, sobrevivendo aos três grandes regimes de nossa História. Criada na Colônia, perpassou e multiplicou-se no período imperial, conseguiu manter-se durante a República e só foi extinta definitivamente na década de 1950!<sup>5</sup>

A roda foi, por quase século e meio, a única instituição que propiciou amparo a crianças abandonadas em todo o Brasil, tornando-se, assim, o maior símbolo do assistencialismo brasileiro. Foi ela o meio encontrado para garantir o anonimato do expositor, evitando-se, desse modo, que algumas crianças fossem abandonadas nas ruas, nos lixões, nas portas de casas e igrejas, etc., onde poderiam morrer ao relento ou mesmo devoradas por animais antes de serem encontradas e recolhidas.

A preocupação primeira dessa instituição era religiosa (ou missionária), isto é, o objetivo imediato após o recolhimento do bebê por meio da roda era providenciar o seu batismo, com o intuito de salvar a alma do pequeno enjeitado. Ainda, nas palavras de Maria Luiza Marcilio:

Na realidade, a quase totalidade destes pequenos expostos nem chegavam à idade adulta. A mortalidade dos expostos, assistidos pelas rodas, pelas câmaras ou criados em famílias substitutas, sempre foi a mais elevada de todos os segmentos sociais do Brasil, em todos os tempos, incluindo neles os escravos.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> RAMOS, Fábio Pestana. **A História Trágico-marítima das Crianças nas Embarcações Portuguesas no Século XVI**. São Paulo. Contexto. 2000.p.19-20.

<sup>5</sup> MARCILIO, Maria Luiza, op.cit., p.53.

<sup>6</sup> Ibid., p.55.

Segundo a autora supracitada, proclamada a Independência em 1822, as três rodas estabelecidas durante o período colonial continuaram a funcionar, subsistindo a obrigação de as câmaras municipais assistirem a todas as crianças desvalidas de seus territórios. No entanto, aquelas câmaras, em cujas circunscrições havia Casas de Misericórdias, eximiram-se de seu dever com fulcro na Lei dos Municípios, de 1828, que transferia às Misericórdias a obrigação de instalar rodas e cuidar das crianças por elas recolhidas, devendo receber, nesse caso, subsídios das Assembléias Legislativas provinciais. Dessa forma, as rodas de expostos instaladas nas Misericórdias foram oficializadas pelo Estado e colocadas a serviço deste, passando-se da fase assistencialista caritativa para o período de assistência filantrópica.<sup>7</sup>

A mesma autora prossegue relatando que, durante o Império, algumas dezenas de rodas foram instaladas, e ainda assim o foram nas principais cidades e capitais das províncias mais importantes. Algumas dessas instituições não possuíam recursos para cuidar de seus expostos, limitando-se a recolhê-los e encaminhá-los a amas-de-leite, cujos salários eram pagos pela Misericórdia local. Os encargos com os cuidados das crianças eram muito onerosos e as instituições contavam, muitas vezes, com contribuições de particulares, pois as verbas recebidas dos poderes públicos eram sempre aquém das reais necessidades.<sup>8</sup>

A autora conclui que as rodas, desde seu estabelecimento até sua extinção, foram insuficientes para atender à demanda de crianças abandonadas. Relata ainda que, nas cidades que não contavam com essa instituição, o recolhimento e os cuidados com seus expostos eram de inteira responsabilidade das câmaras municipais. Porém, estas quase nada faziam, limitando-se a pagar salários diminutos a amas-de-leite para que criassem os poucos bebês atendidos. Parte considerável dos expostos não recolhidos acabava por morrer logo após seu abandono, seja de fome, frio, devorada por animais, etc. Alguns sobreviventes eram acolhidos e criados por famílias, sobretudo de origem humilde, pois estas praticamente não tinham preocupações com questões relativas à transmissão de patrimônio.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Ibid., *passim*.

<sup>8</sup> MARCILIO, Maria Luiza, op.cit., p.69.

<sup>9</sup> Ibid., mesma página.

Em 25 de março de 1824, outorgada a primeira Constituição Brasileira, não se encontrou em seu texto qualquer dispositivo que versasse acerca da proteção à infância. A preocupação com a infância durante o Brasil-Império caracterizou-se por possuir índole assistencialista, representada pela roda, somada à atuação de caráter repressivo e intervencionista do Estado. Arremata Carla Carvalho Leite:

Desde a formação do Estado Imperial Brasileiro (1822-1889) até o início da República Velha, os olhares sobre a criança no Brasil passaram por questões de saúde – preocupação liderada pela Medicina higienista –, pela responsabilidade penal (Código Criminal de 1830), pela assistência aos “ingênuos” – assim chamados os filhos de escravas, nascidos após a vigência da Lei do Ventre Livre.<sup>10</sup>

À roda de expostos acrescentou-se a construção de instituições para amparar e educar menores abandonados e prestar auxílio aos ingênuos. Ambas passaram a integrar os instrumentos da política assistencialista estatal. A partir da década de 1860, surgiram no Rio de Janeiro várias instituições com esse intuito, tanto públicas quanto privadas.<sup>11</sup>

A face repressiva da atuação do Estado materializou-se pela sua tentativa de prescrever diretrizes objetivando exercer controle sobre os menores que cometiam infrações penais e perturbavam a “ordem”. Para isso, o Código Criminal de 1830 estabeleceu a responsabilidade penal a partir dos 14 (quatorze) anos de idade, prevendo também o recolhimento de determinados menores às Casas de Correções. Referido diploma foi inspirado na doutrina do direito penal do menor, que, por sua vez, inspirou o primeiro Código Penal Republicano, de 1890 e o Código de Menores, de 1927.<sup>12</sup> Dispunha o Código Criminal de 1830 em seu art. 10, § 1.º e art. 13, *in verbis*:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:  
§ 1º. Os menores de quatorze anos [...]  
(*omissis*).

---

<sup>10</sup> LEITE, Carla Carvalho. **Da Doutrina da Situação Irregular à Doutrina da Proteção Integral: Aspectos Históricos e Mudanças Paradigmáticas**. Disponível em: <[http://jij.tj.rs.gov.br/jij\\_site/jij\\_site.home](http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/jij_site.home)>. Acesso em: 01 mai. 2007.

<sup>11</sup> MARCILIO, Maria Luiza, *op.cit.*, p.77.

<sup>12</sup> VOLPI, Mário. **Sem Liberdade, Sem Direitos: A Privação da Liberdade na Percepção do Adolescente**. São Paulo. Cortez. 2001.p.25.



Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze anos, **que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento**, deverão ser recolhidos às casas de correcção, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de dezesete annos. (Sem grifo no original).

A atuação intervencionista do Estado, influenciada pelo Iluminismo, deu-se por intermédio da Medicina social (mais especificamente pela Medicina higienista). Seus seguidores, preocupados com os altos índices de mortalidade infantil, voltaram seus olhares para a criança, em especial à criança pobre. Acerca do assunto, leciona Janine Borges Soares:

Através do estabelecimento de uma concepção higienista e saneadora da sociedade, buscar-se-á atuar sobre os focos da doença e da desordem, portanto sobre o universo da pobreza, moralizando-o. A degradação das "classes inferiores" é interpretada como um problema de ordem moral e social. Garantir a paz e a saúde do corpo social é entendido como uma obrigação do Estado. A criança será o fulcro deste empreendimento, pois consistirá em um dos principais instrumentos de intervenção do Estado na família, atingindo os transgressores da ordem no nível mais individual e privado possível.<sup>13</sup>

Desde então, o Estado passou a exercer, mediante o poder médico, uma forma de controle social, sobretudo na vida das famílias mais pobres.

Segundo a autora supramencionada, no período que compreendeu a República Velha (1889-1930), a atenção do Estado em relação à criança continuou a ser caracterizada por sua natureza assistencialista, intervencionista e repressiva, dando-se ênfase a essas duas últimas.

O crescimento desordenado das cidades ao lado da concentração do número de homens livres, porém marginalizados e excluídos da fruição da riqueza socialmente produzida – dentre outros fatores –, acabaram por gerar também uma enorme massa de crianças vivendo em situação de penúria, muitas vezes, abandonadas à própria sorte. Nesse quadro de severa exclusão social, fez-se notar a crimi-

---

<sup>13</sup> SOARES, Janine Borges. **A Construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: uma Breve Reflexão Histórica**. Disponível em: < <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em 10 ago. 2007.

nalidade infanto-juvenil: a criança passou a ser vista, portanto, como problema social.<sup>14</sup>

Em 1890, com o início da vigência do Código Penal, instituiu-se a maioria penal a partir dos 09 (nove) anos de idade. Desde então, o recolhimento de crianças e adolescentes delinquentes e abandonados às casas de correção ou reformatórios tornou-se ato legitimado por lei.<sup>15</sup> A Constituição de 1891, por seu turno, não trouxe em seu bojo nenhuma norma explícita acerca da proteção à infância. A respeito do assunto, leciona Mônica Rodrigues Cuneo:

No início do século XX, a preocupação com a infância pobre descortinou um outro lado da mesma questão: a criança abandonada e que está em perigo pode também vir a se tornar perigosa. Essa visão ambivalente em relação à criança, material e moralmente abandonada, alimentava os discursos político, médico e jurídico. Em nome da edificação de uma sociedade civilizada e de uma nação a construir, justificava-se a criação de um aparato preventivo-repressivo, com enfoque na educação, reservado a moldar a criança abandonada para o hábito do trabalho, evitando sua degradação, que viria a contaminar a própria sociedade.<sup>16</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, a autora acima relata que foi com fulcro na “preocupação com a infância pobre” que, a partir da década de 1920, tanto a produção legislativa quanto a implementação de políticas públicas tornaram-se mais intensas. Em 1921, na cidade do Rio de Janeiro, então Distrito Federal, foi criado o Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinquente. Em 1923, foi instituído o Juizado de Menores do Distrito Federal.

No ano de 1927, entrou em vigor o primeiro Código de Menores do Brasil, também conhecido como Código Mello Mattos. Surgiu, assim, um novo sujeito social: o estigmatizado “menor”, categoria de indivíduos que incluía todas as crianças e adolescentes material e/ou moralmente desassistidos, bem como autores de infrações penais. Nessa mesma linha, leciona Martha de Toledo Machado.

---

<sup>14</sup> MACHADO, Marta de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Barueri. Manole. 2003.p.29.

<sup>15</sup> VOLPI, Mário, op.cit., p.25.

<sup>16</sup> CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento Prolongado: Os Filhos do Esquecimento, a Institucionalização Prolongada de Crianças e as Marcas que Ficam**. Disponível em: <[http://jij.tj.rs.gov.br/jij\\_site/jij\\_site.home](http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/jij_site.home)>. Acesso em: 07 mai. 2007.

E a categoria historicamente construída **criança carente/delinquente**, ou **infância desviante**, vai marcar essencialmente não apenas o tratamento que os Estados deram a tal problemática social, mas o próprio Direito material e as instâncias criadas para a sua aplicação.<sup>17</sup> (Grifo no original).

O Código de Menores de 1927 tinha forte teor protecionista, assistencialista e controlador. Afigurou-se como verdadeiro instrumento de intervenção sobre a população pobre. Crianças e adolescentes oriundos de famílias sem recursos passaram a simbolizar pessoas potencialmente perigosas, portanto, classe de sujeitos diferente do resto das crianças e adolescentes. Pontifica Janine Borges Soares:

O sistema de proteção e assistência do Código de Menores submetia qualquer criança, por sua simples condição de pobreza, à ação da Justiça e da Assistência. A esfera jurídica era a protagonista na questão dos menores, por meio da ação jurídico-social dos Juizes de Menores.<sup>18</sup>

Dessa forma, o Estado passou a exercer permanente controle sobre os menores, pois o Código tornou legítimos os mecanismos de atuação daquele, quais sejam, a intervenção por meio de tutela, guarda, vigilância, reeducação, reabilitação, preservação, reforma e educação.

A Constituição de 1934 inaugurou uma nova era para o constitucionalismo brasileiro. A elaboração de seu texto foi influenciada pela Constituição Alemã de Weimar, de 1919, que apregoava um direito de cunho mais social em oposição ao liberalismo então vigente. Foi a primeira Constituição a trazer em seu texto, de forma explícita, norma de proteção à infância.<sup>19</sup> Assim, a Constituição Federal de 1934 dispunha em seu art. 138 e alínea c, *in verbis*:

Art. 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...]  
(*omissis*).  
c) amparar a maternidade e a infância;

---

<sup>17</sup> MACHADO, Marta de Toledo, *op.cit.*, p.29.

<sup>18</sup> SOARES, Janine Borges. **O Garantismo no Sistema Infanto-juvenil**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id214.htm>>. Acesso em: 01 out. 2007.

<sup>19</sup> MOREIRA, Leonardo Barreto. **A Constitucionalização do Direito de Família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2441>>. Acesso em: 26 jun. 2007.

Pode-se dizer que a referida norma poucas inovações práticas trouxe, pois sua aplicabilidade estava condicionada à atuação dos entes explicitados no *caput* do artigo. O advento da Constituição de 1934 não amenizou a aplicação do direito de “exceção” estabelecido pelo Código de Menores, tampouco evitou que muitos passassem da condição de criança e adolescente (este e aquela só considerados nessa qualidade quando criados no seio de suas famílias) para a condição de “menor”. A Constituição de 1934 teve curta duração, sendo, três anos após o início de sua vigência, substituída pela Constituição de 1937.

O Estado Novo, inaugurado com a Carta de 1937, foi marcado por seu autoritarismo e intervencionismo assistencial, principalmente nos assuntos concernentes à família, ao trabalho e à infância. Dispunha a Carta em seu art. 127, *in verbis*:

Art. 127 - A infância e a juventude devem **ser objeto** de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

**O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.**

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole. (Sem grifo no original).

Conforme se depreende da leitura do dispositivo em análise, a Carta outorgada nada mais fez que autorizar a intervenção estatal nos assuntos relativos à infância e juventude abandonadas. Bernardo Leôncio de Moura Coelho arremata:

Como destacado, a Constituição de 1937 criou um Estado intervencionista e protetor, proclamando que os interesses da coletividade eram mais importantes que os do indivíduo.

Não poderia ficar destacado dessa realidade o tema da criança, inserto em vários artigos, encontrando na Constituição berço fértil para sua proteção, segundo linhas fascistas.<sup>20</sup>

Durante a vigência da Carta de 1937, foi criado, no ano de 1941, o Serviço de Assistência a Menores – o SAM –, cujo principal objetivo era atuar junto aos menores desvalidos e delinqüentes. Porém, logo após sua criação, o órgão passou a

---

<sup>20</sup> COELHO, Bernardo Leôncio de Moura. **A Proteção à Criança nas Constituições Brasileiras: 1824 a 1969**. Disponível em: < [http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf\\_139/r139-07.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_139/r139-07.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2007.

ser alvo de denúncias feitas por várias autoridades públicas e políticas, haja vista a violência cotidianamente infligida a crianças e adolescentes internados em seus estabelecimentos. Ainda, segundo ensina Marcos Volpi:

A idéia que se tinha era de que a sociedade é um todo “harmônico”, com setores e funções diferenciadas. Se há algo que não funciona, ele precisa ser retirado do meio social, recuperado e reintegrado. A existência de crianças e adolescentes pobres era vista como uma disfunção social e para corrigi-la o SAM aplicava a fórmula do seqüestro social: retirava compulsoriamente das ruas crianças e adolescentes pobres, abandonados, órfãos, infratores e os confinava em internatos isolados do convívio social, onde passavam a receber um tratamento violento e repressivo. Essas instituições totais tinham na própria denominação um indicador de suas funções: patronatos, centros de recuperação, reeducação e institutos agrícolas.<sup>21</sup>

O texto da Constituição de 1946 apresentou em seu bojo o art. 164, que tratava da proteção à infância e à juventude. Porém, tal qual ocorreu com a Constituição de 1934, a norma inserida na nova Carta Política em nada alterou a situação dos estigmatizados “menores” nem da infância e juventude em geral. A mesma observação aplica-se à Constituição de 1964, bem como à Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

O golpe militar de 1964 deu início ao período ditatorial por que passou o Brasil, frustrando, entre os muitos sonhos, o de dar um tratamento mais digno à população infanto-juvenil. Assim, a prática de recolhimento de crianças das ruas tornou-se mais intensa, pois a doutrina da Segurança Nacional, divulgada pelos militares, via na criança abandonada um indivíduo potencialmente subversivo. Com a mudança do cenário político e as constantes denúncias contra o SAM, criou-se, em 1964, um novo sistema para o atendimento ao menor abandonado ou delinqüente: a Política Nacional de Bem-Estar do Menor – PNBEM. Nas palavras de Mário Volpi:

Nascida no interior da Escola Superior de Guerra (ESG), a PNBEM contemplava aspectos de uma política assistencialista, linhas do *Welfare State*, e reproduzia uma prática de repressão que deu continuidade ao tratamento desumano. Sob novas fachadas, os internatos continuaram funcionando e constituíram-se em uma rede nacional de Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor (FEBEMs).<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> VOLPI, Mário, op.cit., p.27.

<sup>22</sup> Ibid., p. 28.

No sistema anterior, ou seja, durante a existência dos SAMs, os juízes de menores eram os responsáveis, de forma exclusiva e discricionária, pelo gerenciamento das questões relativas à infância e juventude abandonadas, atuando, pois, como verdadeiros legisladores por meio da edição de portarias. Com o surgimento da FUNABEM, ente de direção, com autonomia administrativa e financeira, o poder de deliberação acerca dessas questões migrou do Poder Judiciário para o Executivo Federal. A implementação e execução dessas ações, por sua vez, passaram para a alçada das FEBEMs, cujo número de estabelecimentos, na década de 1970, aumentou em grande parte dos Estados. Rinaldo Segundo prossegue em seu raciocínio:

A política dirigida ao menor, iniciada durante a ditadura militar, evidencia o executivo federal como promotor e executor de medidas voltadas àquele grupo, em detrimento dos juízes de menores. Essa é a grande iniciativa no panorama da gestão da infância e adolescência compreendida no período de 1927 a 1988. Pode-se dizer até mesmo que, a centralização inaugurada pela FUNABEM pós-64 teria importância prática maior que o novo Código de Menores que fora elaborado em 1979.<sup>23</sup>

Embora a Política do Bem-estar do Menor tivesse como meta o “internamento em último caso”, não foi o que se verificou na prática. Desde a criação da FUNABEM até o final da década de 1970, não houve significativas alterações nas políticas públicas adotadas em relação a crianças e adolescentes. Porém, em meio à sociedade, algumas vozes clamando por mudanças no tratamento até então dispensados à infância e juventude brasileiras já se faziam ouvir. Contudo, em 10 de outubro de 1979, contrariando os anseios da população, foi promulgada a Lei de n.º 6.697, mais conhecida como o Novo Código de Menores. Conforme disserta Mário Volpi:

Dentro do nosso campo de interesse é importante destacar que o caráter mais perverso deste Código de Menores e da sua fundante Doutrina da Situação Irregular estava na homogeneização da categoria “menores”, em que adolescentes autores de infrações penais e adolescentes vítimas de todo tipo de abuso e exploração eram tratados igualmente por uma ação concreta de caráter penal, eufemisticamente denominada de tutelar. O Direito do Menor era definido como ciência jurídica que estuda os fatos sociais morfológicos e sociológicos que influem na integração da unidade e harmonia bio-psico-social do menor, objetivando suas necessidades efeti-

---

<sup>23</sup> SEGUNDO, Rinaldo. **Notas Sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626&p=2>>. Acesso em: 01 out. 2007.

vas e culturais. A prática social sintetizava aspectos correccionais e repressivos, negando direitos básicos do Estado Democrático de Direito.<sup>24</sup>

Entretanto, para o regime ditatorial, não era interessante a concessão de direitos aos estigmatizados menores, haja vista o fato de o Estado ter que assumir responsabilidades em face de seus titulares. Assim, com o advento do Código de Menores de 1979, instituiu-se, no Brasil, a Doutrina da Situação Irregular, ou seja, “aquela em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social”.<sup>25</sup> As normas inseridas na referida lei tinham como destinatários não a população infanto-juvenil em sua totalidade, mas somente determinado grupo de crianças e adolescentes cuja situação se enquadrasse nos “tipos abertos” previstos no artigo 2.º do Código. Acerca da Doutrina da Situação Irregular, sintetiza Emílio Garcia Mendez:

- a) divide a infância em duas categorias distintas: as crianças e adolescentes normais que vivem com suas famílias, e os menores, entendidos como aqueles que estão fora da escola, são órfãos, abandonados, carentes, infratores;
- b) centraliza todo poder de decisão sobre as questões da infância no juiz de menores;
- c) transforma questões sociais em jurídicas;
- d) (*omissis*) [...]
- e) criminaliza a pobreza ao possibilitar a privação de liberdade por motivos econômicos;
- f) reduz a infância a objeto de proteção;
- g) nega direitos Constitucionais, criando uma legislação discriminatória;<sup>26</sup>

Segundo as afirmações falaciosas dos elaboradores do Código de Menores, a não-enunciação de direitos justificava-se pela existência implícita desses ao longo do texto do referido diploma legislativo. Porém, na prática, às crianças não se conferia a possibilidade de reivindicar a exigibilidade de direito algum, haja vista a falta de expressa disposição legal. A responsabilidade pelo bem-estar de crianças e adolescentes era exclusiva de suas famílias, eximindo-se, pois, o Estado e a sociedade civil de qualquer dever. Arremata Rinaldo Segundo:

---

<sup>24</sup> VOLPI, Mário, op.cit., p.31.

<sup>25</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei, da Indiferença à Proteção Integral: Uma Abordagem Sobre a Responsabilidade Penal Juvenil**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2005.p.48. *apud* RODRIGUES, Paulo Lima e Silva. **Os Princípios Constitucionais Penais e os Atos Infracionais**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10046>>. Acesso em: 01 out. 2007.

<sup>26</sup> MENDEZ, Emílio Garcia. **Derecho de la Infância em America Latina: De la Situacion Irregular a La Proteccion Integral**. Bogotá. Forum Pacis.1994.p.21-22 *apud* Mario Volpi, op.cit., p.33.

Assim, se, por um lado, a responsabilidade da família para com a criança, garantida juridicamente, conferia-lhe o poder-dever de assegurar o bem-estar da criança, por outro, não garantia à criança ou adolescente a possibilidade de lhe ser assegurado bem-estar em caso de impossibilidade da família em assegurar-lhe. Alçada ao fim último que determinaria o sucesso ou insucesso de um menor, da família se exigia o bem-estar da criança sem que necessariamente o Estado se comprometesse a assegurar o bem-estar da família. Querendo representar a preocupação da sociedade para o problema da criança, os efeitos pretendidos da legislação menorista mostrar-se-iam irrealistas na medida em que, ao atribuir a responsabilidade exclusivamente à família, expunha a criança, sobretudo por que problemas sociais, tais como, a desagregação familiar, as dificuldades financeiras e a pobreza não são resolvidos apenas no âmbito familiar. O fato é que o cotidiano da família é influenciado diretamente por fatores culturais, econômicos e sociais e tais fatores, em boa parte dos casos, acabam por aumentar o desafio de se criar os filhos. Observar-se que o Estado e a sociedade não possuíam responsabilidades para com o menor, ao menos antes da ocorrência da situação irregular, significa reconhecer o estímulo à ocorrência de situações irregulares, sobretudo ante a insuficiência da família em evitar a ocorrência da situação irregular.<sup>27</sup>

Na década de 1980, com o processo de redemocratização do país, fortaleceram-se os movimentos em prol da defesa dos direitos fundamentais da infância e juventude brasileiras. Essa mobilização teve como principal motivo a indignação frente às trágicas conseqüências da política de institucionalização generalizada de crianças e adolescentes oriundos dos estratos menos favorecidos da sociedade, bem como da sua estigmatização. Em meio a esse sentimento de repulsa, foi promulgada, em 05/10/1988, a Constituição Federal de 1988, que rompeu de forma completa com o sistema ideológico-jurídico até então vigente.

Os anseios de vários segmentos da sociedade levaram a uma conquista sem precedentes na história brasileira, com a criação, na Assembléia Constituinte, da Comissão Nacional Criança e Constituinte, culminando com a inserção, na Constituição da República, de princípios da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e, especialmente, com o acolhimento da Doutrina da Proteção Integral.<sup>28</sup>

A Constituição de 1988 foi a primeira constituição brasileira a trazer em seu bojo, de forma expressa e com aplicação imediata, dispositivos instituindo direitos fundamentais e especiais a todas as crianças e adolescentes. Estes e aquelas, a partir de então, deixaram de ser objeto de intervenção do Estado, quando em situação irregular, para tornarem-se sujeitos de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, bem como de um conjunto de direitos especiais, haja vista sua

---

<sup>27</sup> SEGUNDO, Rinaldo, op.cit.

<sup>28</sup> MACHADO, Marta de Toledo, op. cit., p. 26.



peculiar situação de pessoas em desenvolvimento. Conforme dispõe o *caput* do art. 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Depreende-se, pois, de tudo até aqui exposto, que, com o advento da Constituição de 1988, crianças deixam de ser objeto de direito para tornarem-se sujeito de direitos. Dessa forma, ser sujeito de direitos significa possuir direitos e ter proteção da ordem jurídica, caso eles não sejam efetivados. Ser objeto de direito, por sua vez, implica na situação de alguém ter direito sobre alguma coisa ou alguém. Na ordem anterior, a criança e o adolescente não passavam de objeto passível da intervenção e tutela de suas famílias e, na falta destas, do Estado, não havendo um diploma legislativo baseado na enunciação de direitos a toda população infanto-juvenil.

Antecipando-se à Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20/11/1989, a Constituição Federal, por meio do artigo supracitado, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a Doutrina da Proteção Integral.<sup>29</sup>

A referida doutrina parte do pressuposto de que crianças e adolescentes são seres titulares de direitos fundamentais e especiais que necessitam ser concretizados. Assim, adotou-se, no Brasil, um novo direito da criança de caráter mais científico, jurídico e dirigido a toda a população infanto-juvenil. Em 13 de julho de 1990, foi introduzida na legislação pátria a Lei de n.º 8.069, mais conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente – o ECA. O referido diploma legislativo tem como principal característica a enunciação de direitos a todas as crianças e adolescentes, contrariando, portanto, tudo o que até então havia sido produzido acerca da infância e juventude em âmbito legislativo, a exemplo das Constituições de 1934 e de 1967,

---

<sup>29</sup> A Convenção Internacional sobre os Direitos da criança foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14.09.1990. ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo. Saraiva. 2005.p.01.

bem como dos dois Códigos de Menores. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe em seu conteúdo um direito:

[...] caracterizado pela coercibilidade, que passa a garantir a crianças e adolescentes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhes oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Estatuto, artigo 3.º).<sup>30</sup>

Ressalte-se que, a partir de então, esses direitos tornaram-se exigíveis, podendo a satisfação dos mesmos ser pleiteada via judicial, usando-se para esse fim todos os instrumentos processuais colocados à disposição de seus titulares. Outrossim, o dever de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, deixa de ser somente da família, passando a ser dividido com o Estado e a sociedade.

Assim, conclui-se que a tutela especial dos direitos da criança e do adolescente faz-se necessária, em virtude da fase peculiar em que se encontram, ou seja, a de desenvolvimento das potencialidades inerentes ao ser humano. Portanto, para que isso ocorra de forma satisfatória, é essencial que lhes sejam assegurados o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de dignidade e liberdade.

## 2.2 DA LICENÇA-MATERNIDADE

A presença de mulheres no mercado de trabalho é fato que remonta à Antiguidade e que se tornou notório a partir da Revolução Industrial. O trabalho feminino passou a ser aproveitado em larga escala, muitas vezes, em detrimento à mão-de-obra masculina. À medida que as indústrias se desenvolviam, preferia-se empregar mulheres pelo fato de aceitarem salários menores do que os dos homens, conquanto executassem os mesmos serviços.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> SEGUNDO, Rinaldo, op.cit.

<sup>31</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 15.ed. São Paulo. Atlas. 2002.p.532.

Embora realizando um trabalho remunerado, a mulher continuou a ser responsável pelos cuidados com os filhos e pela execução das tarefas domésticas, pois esses eram considerados trabalhos femininos, segundo a divisão de função que o senso comum imputou a homens e mulheres. À sua hipossuficiência econômica somou-se a histórica subalternidade de gênero.

Além de se sujeitarem às longas jornadas de trabalho em troca de baixos salários, as legislações não previam proteção às trabalhadoras, especialmente na fase de gestação e amamentação. Leciona Yone Frediani:

De forma geral, a mulher, perante o ordenamento jurídico pátrio, não era alvo de qualquer preocupação, na medida em que a Carta Imperial de 1824 ignorava sua existência, lembrando-se que à mesma não era dado o direito ao voto.

Ademais, a grande maioria do contingente feminino não possuía qualquer instrução, sendo à época, esmagador o índice de analfabetismo feminino. [...]

Entretanto, os empregadores, regra geral, preferiam o trabalho de mulheres e crianças, eis que remunerado, em valores médios, cerca de 30% inferior ao trabalho masculino.

No início da industrialização pátria, os salários pagos eram aviltantes, as jornadas excessivas e nenhuma proteção era dada aos que trabalhavam.<sup>32</sup>

Na Europa, após inúmeras pressões e reivindicações de grupos organizados de trabalhadores, surgiram as primeiras normas destinadas a assegurar-lhes condições humanitárias mínimas de trabalho, bem como a garantia de direitos mínimos. Ao longo do século XX, o aprimoramento dessas normas originou legislações especializadas que tinham por escopo regulamentar as relações de trabalho.<sup>33</sup>

O trabalho e as condições dignas de seu exercício passaram a ser considerados direitos humanos e a integrar a ordem jurídica internacional mediante tratados e convenções, especialmente da Organização Internacional do Trabalho – a OIT.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> FREDIANI, Yone. **Licença-maternidade à Mãe Adotante: Aspectos Constitucionais**. São Paulo. LTR. 2004.p.36.

<sup>33</sup> MARTINS, Sérgio Pinto, op.cit., p.449.

<sup>34</sup> PIROTTA, Kátia Cibelle Machado; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **O Impacto da Flexibilização das Leis Trabalhistas Sobre as Condições de Trabalho da Mulher**. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2002/GT\\_Gen\\_ST22\\_Pirotta\\_texto.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2002/GT_Gen_ST22_Pirotta_texto.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2007.3

A presença em massa de mulheres no mercado de trabalho, sobretudo a partir da Revolução Industrial, tornou explícita a realidade da discriminação de gênero. Por esse motivo, no começo do século passado, a OIT já realçava a necessidade de proteção ao trabalho da mulher, haja vista as especificidades e peculiaridades desta, sobretudo em razão da maternidade. Destarte, para que fosse possível a manutenção da mulher no mercado de trabalho e evitarem-se discriminações em face de uma gravidez real ou potencial, era necessária a criação de medidas legais que assegurassem a proteção à maternidade, sem ônus para o empregador.<sup>35</sup>

A Convenção n.º 3 da OIT, de 1919, que prevê o pagamento das prestações para a manutenção da empregada e de seu filho pelo Estado ou pelo sistema de seguro, foi ratificada pelo Brasil em 26/04/1934. A referida convenção, entretanto, foi promulgada somente em 18/12/1962, por meio do Decreto n.º 51.627.

A Convenção n.º 103 da OIT, de 1952, que reviu a Convenção n.º 3, dispôs que, em hipótese alguma, o empregador deveria ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega. A referida Convenção foi ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto n.º 58.020, de 14/06/1966.

Assim, para impedir a discriminação da contratação de mulheres, as prestações devidas à empregada gestante deveriam ficar a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público. Porém, foi somente a partir da edição da Lei n.º 6.136, de 07/11/1974, que o salário-maternidade passou a ser uma prestação previdenciária. Até então, o empregador era quem pagava o período em que as trabalhadoras ficavam afastadas para dar à luz. O período no qual a segurada ficava afastada em gozo do salário-maternidade perfazia o total de 84 (oitenta e quatro) dias, tendo início 28 (vinte e oito) dias antes e 56 (cinquenta e seis) dias depois do parto.<sup>36</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os principais direitos e garantias dos trabalhadores foram elevados à condição de normas constitucionais,

---

<sup>35</sup> MARTINS, Sérgio Pinto, op.cit., p.532-533.

<sup>36</sup> MARTINS, Sérgio Pinto, op.cit., p.539.

dentre eles a proteção à maternidade, que é um dos direitos sociais previstos no *caput* do art. 6.º.

O período de duração da licença foi aumentado de 84 (oitenta e quatro) para 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, conforme inciso XVIII do art. 7.º da Constituição Federal. O início do afastamento passou a ser determinado por atestado médico. Dispõe o art. 7.º, inciso XVIII, *in verbis*:

Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Em 15/04/2002, com a edição da Lei n.º 10.421, que alterou a redação do art. 392 e acrescentou o art. 392-A à Consolidação das Leis do Trabalho, foi estendido o direito à licença-maternidade à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, porém o tempo de duração da licença dependerá da idade do adotando.<sup>37</sup>

Em virtude de o trabalho ora desenvolvido tratar da adoção de crianças por servidoras públicas, tendo como fulcro os estatutos a que estão submetidas, indispensável faz-se conhecer os direitos sociais que lhes são conferidos pela Carta Magna. Dessa forma, de acordo com o que preceitua o § 3.º do art. 39, da Constituição Federal, aplicam-se aos servidores ocupantes de cargo público os direitos previstos no art. 7.º, IV, VII, VIII, IX, XIII, XV, XVII, **XVIII** (que trata da licença à gestante), XIX, XX, XXII e XXX.

Ademais, os estatutos jurídicos de servidores públicos civis de alguns entes da federação estenderam às mães adotantes o direito à licença, cujo período de duração também será determinado conforme a idade do adotando.

Em 10/08/2005, foi apresentado pela senadora Patrícia Saboya Gomes (PDT-CE), perante a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa

---

<sup>37</sup> FREDIANI, Yone, op.cit., p.63.

(CDH), o Projeto de Lei do Senado n.º 281/2005, que prevê a prorrogação da licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias.

Segundo a proposta original da senadora, a prorrogação da licença às empregadas da iniciativa privada seria feita mediante adesão voluntária da pessoa jurídica ao Programa Empresa Cidadã. Esta, por sua vez, receberia como benefício a concessão de incentivo fiscal, mediante “a dedução integral, no cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica, do valor correspondente à remuneração integral da empregada nos sessenta dias de prorrogação de sua licença-maternidade”.<sup>38</sup>

O projeto, depois de receber emendas que estenderam o benefício também às mães adotantes servidoras públicas, foi aprovado, por unanimidade e decisão terminativa na CDH, em 18/10/2007, devendo ser encaminhado então para a Câmara dos Deputados.<sup>39</sup>

Diante do exposto, conclui-se que a conquista do direito à licença-maternidade, inicialmente, foi fruto do reconhecimento da necessidade de proteção ao trabalho da mulher, haja vista as particularidades desta, especialmente em razão da maternidade. Dessa forma, o referido direito constituiu-se, inicialmente, em medida destinada a evitar, na contratação de mulheres, a discriminação motivada por uma gravidez real ou potencial. Para que a medida surtisse seus efeitos, seria necessário que, durante o período em que a trabalhadora estivesse afastada, não houvesse ônus para o empregador.

Por outro lado, a concessão da licença-maternidade também tinha por objetivo a tutela da saúde da trabalhadora, haja vista a necessidade, por motivos biológicos, de um período de descanso para que a mulher se recuperasse dos desgastes físicos e mentais provocados pela gravidez e parto.

---

<sup>38</sup> GOMES, Patrícia Saboya. **Projeto de Lei do Senado nº. 281/2005**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/PatriciaSaboyaGomes/projeto%20licen%C3%A7a-maternidade%20vers%C3%A3o%20final.doc>>. Acesso em 17 out. 2007.

<sup>39</sup> JORNAL DO SENADO. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/jornal/noticia.asp?codNoticia=63878&dataEdicaoVer=20071022&dataEdicaoAtual=20071022&codEditoria=809&nomeEditoria=Decis%C3%A3o>>. Acesso em: 21 out. 2007.

Por fim, mediante o reconhecimento, pela Constituição Federal de 1988, de direitos e garantias fundamentais a todas as crianças e adolescentes, bem como de direitos especiais, em razão da condição peculiar em que se encontram, ou seja, de pessoas em desenvolvimento, a assistência à criança em seus primeiros meses de vida passou a constituir uma das finalidades prioritárias da concessão da licença-maternidade. Entendimento do Supremo Tribunal, conforme se demonstra a seguir:

À duração por prazo certo do contrato sobrevém gravidez que a Constituição protege com licença por 120 dias — CF, art. 7.º, XVIII — **que não protege a mulher-trabalhadora, mas ao nascituro e ao infante**. Por isso, a temporariedade do contrato não prejudica a percepção da licença à gestante, se os últimos 120 dias da gestação têm início ainda na vigência do contrato.<sup>40</sup> (Sem grifo no original).

Com o propósito de facilitar a adaptação da criança adotada à sua nova família, o referido direito foi estendido à mãe adotante.

Assim, ao propor a prorrogação da licença-maternidade, o Projeto de Lei n.º 281/2005, por intermédio de sua exposição de motivos, corrobora o entendimento de que a referida licença tem como principal destinatário a criança, uma vez que os cuidados dispensados a ela, especialmente nos primeiros seis meses de vida, são essenciais para que se desenvolva de forma saudável em todos os aspectos (bio-psico-social), bem como para que se torne uma pessoa emocionalmente equilibrada.

---

<sup>40</sup> A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO on-line. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/>>. Acesso em: 20 out. 2007.

### **3. CONCEITOS**

A criança será conceituada, no presente trabalho, sob os aspectos biológico, histórico e jurídico, haja vista a conexão que estes mantêm entre si. Convém ressaltar que o atual conceito jurídico de criança existente no ordenamento jurídico brasileiro derivou, primeiramente, da construção histórica do conceito de criança/infância e, por fim, do conceito biológico, cuja terminologia foi fruto do avanço científico verificado ao longo do século XX.

No que concerne à licença-maternidade, será analisada sua natureza jurídica e a classificação em que se insere dentro do rol dos Direitos Humanos. Será estudada também a terminologia utilizada no dispositivo constitucional que trata do referido direito e a problemática que se instaurou em razão da interpretação jurisprudencial nas ações ajuizadas por trabalhadoras mães adotantes submetidas à legislação celetista. Por último, será apresentada a solução que definitivamente colocou fim à questão na esfera trabalhista.



### 3.1 CRIANÇA

Do ponto de vista biológico, pode-se definir a criança como o ser humano no início de seu desenvolvimento. Segundo o dicionário Houaiss da língua portuguesa, criança é o “ser humano que se encontra na fase da infância, indivíduo que se encontra na fase que vai do nascimento à puberdade”.<sup>41</sup> A infância, por seu turno, é definida como “período da vida que é legalmente definido como aquele que vai desde o nascimento até os 12 (doze) anos, quando se inicia a adolescência”.<sup>42</sup> Haja vista as peculiaridades biológicas, psicológicas e comportamentais que os seres humanos entre zero e 12 (doze) anos apresentam ao longo desse período, a infância foi subdividida em fases. Aurélio define a infância nos seguintes termos:

Período da vida que vai do nascimento à adolescência, extremamente dinâmico e rico, no qual o crescimento se faz, concomitantemente, em todos os domínios, e que, segundo os caracteres anatômicos, fisiológicos e psíquicos, se divide em três estágios: primeira infância, de zero a três anos; segunda infância, de três a sete anos; e terceira infância, de sete anos até a puberdade.<sup>43</sup>

O conceito de criança, tal qual se conhece hoje, resultou de uma longa evolução histórica. Philippe Ariès, em sua obra *História Social da Criança e da Família*, ao analisar a velha e tradicional sociedade européia da Idade Média (até o século XVII), escreveu que tanto a criança quanto o adolescente eram mal vistos. Isso porque essas fases da vida do ser humano não eram bem definidas e passavam despercebidas na pintura e na litografia, pois os artistas, em suas obras, retratavam a criança como um homem em escala reduzida, ou seja, um adulto em miniatura. A criança era, portanto, diferente do homem apenas no tamanho e na força. Nas palavras do citado autor:

A duração da infância era reduzida a seu período mais frágil, enquanto o filhote do homem ainda não conseguia bastar-se; a criança então, mal adquiria algum desembaraço físico, era logo misturada aos adultos, e partilhava de seus trabalhos e jogos. De criancinha pequena, ela se transformava imediatamente em homem jovem, sem passar pelas etapas da ju-

<sup>41</sup> DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA on-line. Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=crian%E7a&stype=k>>. Acesso em 18.fev. 2008.

<sup>42</sup> *Ibidem*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=inf%E2ncia&stype=k>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

<sup>43</sup> Aurélio. **Novo Dicionário**. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. s/d. *apud* LAJOLO, Marisa. **Infância de Papel e Tinta**. 6.ed. São Paulo. Cortez. 2006.p.231.

ventude, que talvez fossem praticadas antes da Idade Média e que se tornaram aspectos essenciais das sociedades evoluídas de hoje.<sup>44</sup>

Devido às altas taxas de mortalidade infantil da época, a família e a sociedade não cultivavam um sentimento de apego às suas crianças, geralmente por ser a passagem destas muito breve e insignificante para que houvesse tempo ou motivo para ficar na memória ou atingir a sensibilidade dos adultos. Porém, isso não significava que as crianças fossem negligenciadas ou desprezadas.

Contudo, um sentimento superficial da criança – a que chamei “paparicação” – era reservado às criancinhas em seus primeiros anos de vida, enquanto ela ainda era uma coisinha engraçadinha. As pessoas se divertiam com a criança pequena como um animalzinho, um macaquinho impudico. Se ela morresse então, como muitas vezes acontecia, alguns podiam ficar desolados, mas a regra geral era não fazer muito caso, pois uma outra criança logo a substituiria. A criança não chegava a sair de uma espécie de anonimato.<sup>45</sup>

Segundo Philippe Ariès, a partir do século XVII houve o nascimento do sentimento da infância. Ressalte-se que a não existência desse sentimento, na Idade Média, significa dizer que não havia a consciência coletiva da particularidade infantil, o que distingue essencialmente a criança do adulto. A razão da origem desse novo olhar sobre a criança foi o surgimento da escola como meio de educação, deixando, pois, as crianças de serem misturadas aos adultos e aprenderem a vida diretamente por meio do contado com eles. Assim, a criança foi separada dos adultos e mantida em uma espécie de quarentena, antes de ser lançada ao mundo; a essa quarentena deu-se o nome de escolarização. Esse foi o início da particularização da infância.<sup>46</sup>

A partir de então, começou um processo de valorização da criança. Os pais passaram a se preocupar com a educação dos filhos (ressalte-se que a referida observação dirige-se aos meninos de família burguesa). Com a diminuição das taxas de mortalidade infantil, que teve como consequência a redução nas taxas de natalidade, a criança saiu do anonimato. Já não era mais possível perdê-la ou substituí-la sem grande pesar para a sua família. Também se atribui a valorização da infância à

---

<sup>44</sup> ARIÈS, Philippe, op.cit., p.IX.

<sup>45</sup> *Ibidem*. p. X.

<sup>46</sup> *Ibidem*, mesma página.

cristianização mais aprofundada dos costumes.<sup>47</sup> Philippe Ariès descreve, de forma sucinta, a transição de mentalidade em relação à vida da criança:

A vida da criança era então considerada com a mesma ambigüidade com que hoje se considera a do feto, com a diferença de que o infanticídio era abafado no silêncio, enquanto o aborto é reivindicado em voz alta – mas esta é a diferença entre uma civilização do segredo e uma civilização da exibição. Chegaria um tempo, no século XVII, em que a *safe-femme*, a parteira, essa feiticeira branca recuperada pelos Poderes públicos, teria a missão de proteger a criança, e em que os pais, mais bem informados pelos reformadores, tornados mais sensíveis à morte, se tornariam mais vigilantes e desejariam conservar seus filhos a qualquer preço. É exatamente o inverso da evolução em direção ao aborto, que se desenrola sob a nossa vista. No século XVII, de um infanticídio secretamente admitido passou-se a um respeito cada vez mais exigente pela vida da criança.<sup>48</sup>

As classes populares, por seu turno, mantiveram o antigo costume de não separar as crianças dos adultos, não passando a infância, para elas, de um mero período de transição, logo ultrapassado e cuja lembrança se perdia rapidamente. Nas palavras de Philippe Ariès:

As crianças do povo, os filhos dos camponeses e dos artesãos, as crianças que brincavam nas praças das aldeias, nas ruas das cidades ou nas cozinhas das casas continuaram a usar os mesmos trajes dos adultos; jamais são representadas usando vestido comprido ou mangas falsas. Elas conservam o antigo modo de vida que não separava as crianças dos adultos, nem através do traje, nem através do trabalho, nem através dos jogos e brincadeiras.<sup>49</sup>

A particularização da infância foi um fenômeno observado entre a burguesia, por meio da qual a palavra infância delimitou-se ao seu sentido moderno. Assim, entre esse estrato, a infância foi alongada, isto é, o indivíduo só deixava de ser criança ao sair da dependência econômica de sua família, não havendo, portanto, a idéia de limitação da infância por fenômenos biológicos (puberdade). Arremata Liana Gonçalves Pontes Sodré, citando a obra de Kramer:

Kramer enfatiza que, numa sociedade de classes, a infância é determinada pela origem social do indivíduo, que delimita, entre outras coisas, o momento e a condição de sua inserção no mercado de trabalho. Como exemplo, verifica-se que, nas classes trabalhadoras, a inserção das crianças é

---

<sup>47</sup> Ibid., p. XI.

<sup>48</sup> Ibid., p. XV.

<sup>49</sup> Ibid., p.41.

mais cedo, pois as necessidades as obrigam a entrar precocemente na vida profissional.<sup>50</sup>

Não bastava apenas separar a criança dos adultos, era necessário que se lhe dessem um traje reservado à sua idade. Arremata Philippe Ariès:

A adoção de um traje peculiar à infância, que se tornou geral nas classes a partir do fim do século XVI, marca uma data muito importante na formação do sentimento da infância, esse sentimento que constitui as crianças numa sociedade separada da dos adultos (de um modo muito diferente dos costumes iniciatórios). [...] Cada um usava o traje de sua condição social: os manuais de civilidade insistiam muito na indecência que haveria se as pessoas se vestissem de maneira diferente de como deveriam, de acordo com sua idade ou seu nascimento. Cada nuança social era traduzida por um signo especial no vestuário. No fim do século XVI, o costume decidiu que a criança, agora reconhecida como uma entidade separada, tivesse também o seu traje particular.<sup>51</sup>

Por não haver, em princípio, uma separação rigorosa entre adultos e crianças, ambos partilhavam das mesmas brincadeiras e jogos. Havia, pois, uma indiferença moral por parte da sociedade anterior ao século XVII. Os jogos de azar, hoje considerados suspeitos e perigosos, não eram proibidos às crianças. Desde a especialização da infância, em meados dos anos de 1600, surge uma nova preocupação em relação à criança, isto é, a preservação de sua moral. Explica Philippe Ariès:

Ao longo dos séculos XVII e XVIII, porém, estabeleceu-se um compromisso que anunciava a atitude moderna com relação aos jogos, fundamentalmente diferente da atitude antiga. Esse compromisso nos interessa aqui porque é também um testemunho de um novo sentimento da infância: uma preocupação, antes desconhecida, de preservar sua moralidade e também educá-la, recomendando-lhes os jogos então reconhecidos como bons.<sup>52</sup>

A indiferença em relação à preservação da moralidade da criança, para a sociedade anterior ao século XVII, não se resumia às brincadeiras e jogos, estendendo-se também a assuntos sexuais. Os adultos permitiam tudo e não era

---

<sup>50</sup> KRAMER, S. **A Política do Pré-escolar no Brasil: A Arte do Disfarce**. Rio de Janeiro. Achiamé. 1982 *apud* SODRÉ, Liana Gonçalves Pontes. **Criança: A Determinação Histórica de um Cidadão Excluído**. Disponível em: < <http://www.revistadafaeeba.uneb.br/anteriores/numero17.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2008.

<sup>51</sup> ARIÈS, Philippe, op. cit., p.38.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p.59.

incomum que as crianças vissem e ouvissem de tudo: de linguagens grosseiras a ações e situações que giravam em torno de temas sexuais. Conforme escreveu Philippe Ariès:

Esse homem (do fim do século XVI e início do século XVII) não apenas misturava sem repugnância as crianças a uma operação de natureza religiosa, é verdade, do órgão sexual masculino, mas também se permitia, com a consciência limpa e publicamente, gestos e contatos físicos que só passavam a ser proibidos quando a criança atingia a puberdade, ou seja, praticamente, o mundo dos adultos. Isso acontecia por duas razões. Primeiro, porque se acreditava que a criança impúbere fosse alheia e indiferente à sexualidade. Portanto, os gestos e as alusões não tinham conseqüência sobre a criança, tornavam-se gratuitos e perdiam sua especificidade sexual – neutralizavam-se. Segundo, porque ainda não existia o sentimento de que as referências aos assuntos sexuais, mesmo que despojados na prática de segundas intenções equívocas, pudessem macular a inocência infantil – de fato ou segundo a opinião que se tinha dessa inocência. Na realidade, não se acreditava que essa inocência realmente existisse.<sup>53</sup>

A preocupação com a moralidade da criança nasceu entre os moralistas e os educadores, e essa preocupação permanece até os dias contemporâneos. Nas palavras de Philippe Ariès:

O sentido da inocência infantil resultou, portanto, numa dupla atitude moral com relação à infância: preservá-la da sujeira da vida, e especialmente da sexualidade tolerada – quando não, aprovada – entre os adultos; e fortalecê-la, desenvolvendo o caráter e a razão. Pode parecer que existe aí uma contradição, pois de um lado a infância é conservada, e de outro é tornada mais velha do que realmente é. Mas essa contradição só existe para nós, homens do século XX. Nosso sentimento contemporâneo da infância caracteriza-se por uma associação da infância ao primitivismo e ao irracionalismo do século XX. Há apenas muito pouco tempo ela passou das teorias dos psicólogos, pedagogos, psiquiatras e psicanalistas para o senso comum. [...] Nessa concepção, que nos parece antiga se comparada à nossa mentalidade contemporânea, mas que era nova em comparação com a Idade Média, as noções de inocência e de razão não se opunham.<sup>54</sup>

Dessa forma, segundo Philippe Ariès, foi dos moralistas e dos educadores do século XVII que se herdou a inspiração da educação dirigida às crianças, bem como a preservação de sua moral, principalmente entre a burguesia.

Conforme já se disse, o sentimento de infância, surgido entre a burguesia européia, com esta permaneceu durante bastante tempo. O referido sentimento ficou

---

<sup>53</sup> Ibid., p. 80.

<sup>54</sup> Ibid., p. 91.

restrito às possibilidades econômico-culturais das famílias. Assim, somente aos filhos das classes abastadas era reconhecida a condição de criança. Aos filhos das classes desprivilegiadas, por outro lado, estavam, desde muito cedo, reservados papéis do mundo adulto, seja por intermédio do casamento ou do trabalho.

No Brasil, a situação não divergia da realidade européia. Durante os vergonhosos anos da escravidão, os filhos dos negros recebiam tratamento muitíssimo diferente do das crianças da elite. Aqueles não tinham acesso à saúde ou à escola. O mesmo ocorria nas classes populares. Nas palavras de Rinaldo Segundo:

A despeito de todas as situações adversas, a família tinha um papel importante para a vida das crianças escravas ou filhas de escravos. Todavia, a estrutura da sociedade escravagista não lhes possibilitava o exercício do sentimento de infância. A entrada precoce da criança africana no mundo do trabalho contribuía para isso, já que a partir dos sete anos, as crianças escravas deveriam entrar no mundo dos adultos. A pedagogia colonial apregoava que entre os 04 e os 11 anos, a criança ia sendo moldada para o trabalho paulatinamente por atividades cotidianas.<sup>55</sup>

No final do século XIX e início do século XX, em meio ao processo acelerado de urbanização, somado ao crescimento desordenado das cidades e ao aumento da pobreza das classes populares, notou-se o crescimento da criminalidade infanto-juvenil. Assim, surgiu no Brasil a confusão conceitual entre infância desvalida e infância delinqüente. Confusão conceitual que, segundo Martha de Toledo Machado, remonta à Europa do século XVIII. Dessa forma, conforme visto no capítulo anterior, surgiu o estigmatizado menor (assim chamadas todas as crianças pertencentes à categoria “carente” ou “delinqüente”). Esses indivíduos passam a ser objeto de intervenção arbitrária do Estado.<sup>56</sup>

O século XX foi marcado pelo avanço da medicina, das ciências jurídicas, psicológicas e pedagógicas. Os profissionais dessas áreas, por meio de estudos e pesquisas, constataram na criança, independentemente de sua situação sócio-econômico-familiar, um ser humano especial, com particularidades e necessidades

---

<sup>55</sup> SEGUNDO, Rinaldo. **A Invenção da Infância: Pressuposto para a Compreensão do Direito da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4542>>. Acesso em: 18 fev.2008.

<sup>56</sup> MACHADO, Marta de Toledo, op.cit., p.29.

próprias, diversas das dos adultos. Assim, percebeu-se a imprescindibilidade da formulação de direitos especiais dirigidos à infância.<sup>57</sup>

Nota-se que o reconhecimento de direitos à criança está diretamente relacionado à evolução histórica do próprio conceito de infância. Assim, no âmbito internacional, paralelamente ao desenvolvimento da doutrina dos direitos humanos e ao seu reconhecimento a todos os homens, surgem documentos nos quais constam expressamente direitos dirigidos à infância. Em especial destacam-se a Declaração de Genebra Sobre os Direitos da Criança (1924), a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e a Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança (1989).

No Brasil, haja vista os regimes totalitários que se instalaram, somente com o advento da Constituição Federal de 1988, reconheceram-se direitos especiais à criança, embora já houvesse consciência das peculiaridades infantis. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/90, inseriu no ordenamento pátrio o conceito jurídico de criança. Nas palavras de João Batista Saraiva:

Houve, a partir de então, com a introdução no sistema dos conceitos jurídicos de criança e adolescente, em prejuízo da antiga terminologia “menor”. Esta servia para conceituar aqueles em “situação irregular”. Pelo novo ideário norteador do sistema, todos aqueles com menos de 18 anos, independentemente de sua condição social, econômica ou familiar, são crianças (até os 12 anos incompletos) ou adolescentes (até 18 anos incompletos) segundo o art. 2.º da Lei n.º 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, qualificando-se como sujeitos de direitos.<sup>58</sup>

Diante do exposto, conclui-se que a concepção do sentimento de infância, ou seja, da consciência da particularidade apresentada pelos seres humanos que se encontram nesse estágio da vida, foi fruto de uma evolução histórica verificada, primeiramente, nas classes abastadas. Desse modo, ser criança era privilégio exclusivo dos filhos da elite e assim permaneceu do século XVII a meados do século XX.

---

<sup>57</sup> MARCÍLIO, Maria Luiza. **A Lenta Construção dos Direitos da Criança Brasileira - Século XX**. Revista da USP. São Paulo. Março/maio 1998.p.46-57.

<sup>58</sup> SARAIVA, João Batista. **Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional – Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002. p.13.

Com o avanço das ciências, a criança passa a ser vista como um ser biológico, sendo todas elas, sem distinção de classe social, portadoras de necessidades peculiares das dos adultos. Por outro lado, com a evolução dos direitos humanos e em posse do conhecimento das características psicobiológicas desses indivíduos, verificou-se a imprescindibilidade de conferir-lhes direitos especiais. Nasce, então, o conceito jurídico de criança. No Brasil, o reconhecimento de direitos especiais (ao lado dos direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos) deu-se com a instauração da Ordem Constitucional de 1988. Por outro lado, o conceito jurídico foi inserido na legislação pátria por intermédio do Estatuto da Criança e do Adolescente.

### 3.2 LICENÇA-MATERNIDADE

Conforme abordado no Capítulo 1, a presença em massa de mulheres no mercado de trabalho mostrou-se evidente a partir da Revolução Industrial. Elas submetiam-se a longas jornadas em troca de salários aviltantes e continuaram responsáveis pelos cuidados com os filhos, bem como pela execução dos serviços domésticos. Porém, as legislações, até então existentes, não previam proteção às trabalhadoras, sobretudo na fase de gestação e amamentação.

Após diversas reivindicações de grupos organizados de trabalhadores, elaboraram-se as primeiras normas destinadas a assegurar àqueles condições humanitárias mínimas de trabalho, assim como garantir-lhes direitos básicos. Surgiram preocupações relativas à proteção do mercado de trabalho da mulher, haja vista a maior fragilidade física desta em relação ao homem, além de sua hipossuficiência decorrente da histórica subalternidade de gênero e a discriminação em face do casamento ou de uma gravidez real ou potencial.

O início da progressiva conquista de direitos pelos trabalhadores deu-se principalmente em razão da crise por que passou o Estado Liberal, pois a intervenção deste restringia-se ao plano jurídico-político, deixando de lado a disciplina da ordem sócio-econômica, sendo, portanto, indiferente aos problemas gerados pela luta entre o capital e o trabalho.



Com a Constituição alemã de Weimar, de 1919, observou-se o início do desmoronamento do Estado Liberal em todo o mundo, haja vista sua incapacidade de gerenciar os problemas que surgiram em face de questões sociais. O Estado, ao não intervir nas relações jurídicas de trabalho, tolerava com a sua inércia toda espécie de exploração.

O Estado Liberal apenas contribuiu para expansão do capitalismo e nada fez para evitar que se agravassem as miseráveis condições dos trabalhadores. Porém, para que fosse possível a sobrevivência do próprio capitalismo diante do avanço do socialismo, era necessário que o Estado interviesse nas relações de produção. Assim, o Estado Liberal dá lugar ao Estado de Direito Social. Essa nova postura do Estado é registrada em lapidar síntese de Sahid Maluf:

O Estado neutro e indiferente foi substituído pelo Estado atuante, intervencionista, cujo objetivo era de restabelecer a harmonia tradicional entre o capital e o trabalho, entre as classes patronais e obreiras. A nova ordem democrática acolhe as cooperativas, os sindicatos, as associações classistas de toda natureza e as instituições de previdência; promove a revisão das leis; cria o ministério do trabalho e demais departamentos; regulamenta o direito de greve; instala a justiça social trabalhista de representação paritária; e, sobretudo, o Estado se arvora em superpatrão para dirigir as condições de trabalho, fixar bases salariais mínimas, impor contratos coletivos de trabalho e prestar assistência efetiva ao trabalhador.<sup>59</sup>

Surgem, pois, os Direitos Humanos de segunda geração, ou seja, os chamados direitos sociais. Discorrendo sobre o assunto, observa Elmo de Almeida Júnior:

Os direitos de segunda geração, originados no século XIX em virtude dos relevantes problemas sociais e econômicos que acompanharam o processo de industrialização, apresentam-se como uma dimensão positiva do Estado no intuito de patrocinar um "bem-estar social". Caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como assistência social, saúde, educação e trabalho. No século XX, de modo especial após a Segunda Guerra, esses direitos fundamentais acabaram por ser consagrados em várias constituições e tratados internacionais.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26.ed. São Paulo. Saraiva. 2003.p.306.

<sup>60</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Elmo José Duarte de. **Aspectos Relevantes dos Direitos Sociais de Prestação Frente ao Mínimo Existencial e à Reserva do Possível**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10357>>. Acesso em: 10.01.2007.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais dos cidadãos, bem como os direitos sociais dos trabalhadores, foram elevados à condição de normas constitucionais. Segundo lição de Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras **liberdades positivas**, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1.º, IV, da Constituição Federal. (Grifo no original).<sup>61</sup>

Referidos direitos foram enumerados exemplificadamente no Capítulo II, do Título II, da Constituição Federal. Estão elencados, mais precisamente, nos artigos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10 e 11 da Constituição. Dispõem os artigos 6.º, 7.º, *caput* e incisos XVIII e XX, *in verbis*:

Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, **o trabalho**, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade** e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [...] (*omissis*).

Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (*omissis*).

XVIII – **licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;** (*omissis*).

XX – **proteção do mercado de trabalho da mulher**, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (Sem grifo no original).

Observa-se, pois, que o trabalho, a proteção à maternidade, a licença à gestante (por interpretação extensiva, entende-se licença-maternidade, conforme será explicado adiante), e a proteção ao mercado de trabalho são direitos sociais constitucionais da mulher.

Quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva aponta três classificações: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição e c) normas constitucionais de eficácia limitada

---

<sup>61</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17.ed. São Paulo. Atlas. p.177.

ou reduzida.<sup>62</sup> Acerca da eficácia das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, leciona Alexandre de Moraes:

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1.º, do art. 5.º e suscetibilidade de ajuizamento de mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício.<sup>63</sup>

Do exposto conclui-se que o direito à licença-maternidade é um direito social. O salário-maternidade, ou seja, aquele que a trabalhadora recebe durante o período em que está de licença, tem natureza previdenciária, uma vez que constitui uma prestação de responsabilidade da Previdência Social. Nessa ordem de idéias, arremata com maestria Roberto Luis Luchi:

O salário-maternidade, embora tivesse no passado natureza jurídica trabalhista, evidenciada pelo seu caráter salarial e ônus do empregador (vindo daí o nome salário-maternidade), tem, no atual ordenamento jurídico, natureza previdenciária, eis que seu encargo econômico é suportado pela Previdência Social. Trata-se, portanto, de benefício previdenciário substitutivo (porque seu valor não pode ser inferior ao salário-mínimo), embora atípico ou extravagante, já que, objetivando a proteção do mercado de trabalho da mulher, foge à função essencial de proteção contra os riscos sociais, na sua concepção clássica.<sup>64</sup>

Antes de dar prosseguimento ao assunto, pertinente é a análise da redação que se deu à regra inserta no art. 7.º, XVIII da Lei Maior, o qual dispõe:

Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social; [...]

(*omissis*).

XVIII – **licença à gestante**, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; (Sem grifo no original).

Conforme leciona Yone Frediani acerca do assunto em questão:

Na conformidade da redação da norma supramencionada, constata-se a total impropriedade do legislador constitucional ao adotar a expressão **gestante**, posto que criou com a referida expressão a primeira

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed. São Paulo. Malheiros. 2007.p. 101.

<sup>63</sup> MORAES, Alexandre de, op. cit., p.178.

<sup>64</sup> DEMO, Roberto Luis Luchi; SOMARIVA, Maria Salute. **Benefícios Previdenciários e seu Regimes Jurídicos**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8599>>. Acesso: em 11 jan. 2008.

discriminação de uma série delas [...], visto que poderia ter-se utilizado da expressão **maternidade**, sem estabelecer qualquer distinção entre a mãe biológica e a adotante.

De ressaltar-se que essa mesma linha de entendimento foi adotada pelo legislador infraconstitucional quando, ao disciplinar a forma de concessão da mesma garantia na esfera previdenciária, denominou o benefício **licença-maternidade** que, por força da recente Lei n.º 10.421/2002, é na atualidade extensivo à mãe adotante.<sup>65</sup> (Grifo no original).

A extensão do direito à licença-maternidade à mãe adotante foi feita mediante a promulgação da Lei n.º 10.421, de 16/04/2002. A referida lei alterou o primitivo artigo 392 e inseriu o art. 392-A na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). *In verbis*, dispõem os artigos 392 e 392-A e seus parágrafos:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à **licença-maternidade** de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida **licença-maternidade** nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5.º.

§ 1.º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2.º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3.º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4.º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. (Sem grifo no original).

Agora, passa-se à análise do entendimento jurisprudencial acerca da extensão do direito à licença-maternidade à mãe adotante antes do advento da Lei n.º 10.421/2002. Yone Frediani, em pesquisa realizada junto ao Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho, descobriu que o entendimento acerca da questão não era unânime, haja vista algumas Turmas do TST reconhecerem da mãe adotante o referido direito, enquanto que as demais Turmas não o faziam sob os mais variados argumentos.

Desse modo, seguem-se os diversos fundamentos utilizados pelas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, que reconheciam da mãe adotante o direito à licença-maternidade, nas palavras da autora supramencionada:

---

<sup>65</sup> FREDIANI, Yone, op.cit., p.65.

a) de que a negação de tal benefício importa em discriminação ao filho adotivo, com afronta à Carta Magna; b) que a licença-maternidade objetiva a proteção do recém-nascido e que a concessão do benefício se funda na norma inserta no art. 227 da Lei Maior; c) na falta de dispositivo legal cabe ao juiz decidir por analogia, equidade e outros princípios, estendendo à mãe adotante os direitos do Enunciado n.º 244; d) a negação de licença-maternidade à adotante introduziria a discriminação, afrontando a norma inserta no inciso IV, do art. 3.º da Constituição.<sup>66</sup>

Segundo a mesma autora, eram os seguintes os fundamentos utilizados por outras Turmas do mesmo Tribunal Superior do Trabalho, as quais não reconheciam da mãe adotante o direito à licença-maternidade:

a) que a expressão utilizada pelo legislador, “licença à gestante”, restringe sua aplicação à mãe biológica, sendo, portanto, impossível qualquer extensão; b) situações diferenciadas não comportam tratamento similar a exigir a integração analógica da lei; c) as circunstâncias que envolvem a mãe adotiva não têm similitude com as da mãe biológica, não se podendo obrigar o empregador a conceder benefício que não esteja previsto em lei; d) a ausência de determinação legal ou constitucional que preveja a licença à empregada adotante não enseja ao empregador assumir tal obrigação.<sup>67</sup>

Prossegue a autora, expondo o resultado de sua pesquisa:

Da mesma maneira, os Tribunais Regionais Federais Ordinários e Juízos Federais de Primeiro Grau, sensíveis à gravidade e delicadeza da questão envolvendo a mãe adotante, não titubearam em conceder a licença-maternidade sem qualquer critério de discriminação em relação à mãe biológica, sob o fundamento de que o cuidado da mãe que gera o filho é o mesmo da mãe adotante em relação à criança adotada.<sup>68</sup>

Enfim, o impasse foi resolvido com o advento da lei que acrescentou o artigo 392-A à Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, pelo menos quanto às trabalhadoras submetidas à legislação celetista, foi assegurado o direito à licença-maternidade àquela que adotar criança. A situação das trabalhadoras sujeitas às legislações estatutárias será analisada em capítulo próprio.

Ante o exposto, conclui-se que o direito à licença-maternidade é um direito social constitucional da trabalhadora. Referido direito, por sua vez, é classificado pelos constitucionalistas Pedro Lenza e Alexandre de Moraes como pertencentes ao rol dos chamados Direitos Humanos de segunda geração.

---

<sup>66</sup> Ibid., p.37-38.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 39-40.

<sup>68</sup> Ibid., mesma página.

Por causa da impropriedade da redação utilizada pelo legislador constitucional quando da elaboração da norma inserta no inciso XVIII, art. 7.º, criou-se uma série de discriminações em relação à adotante, pois era-lhe negado o reconhecimento do direito à licença-maternidade, alegando-se que a Lei Maior conferiu esse direito exclusivamente à mãe biológica.

Levada a discussão aos Tribunais, houve divergências entre as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, as quais reconheciam ou negavam à adotante o direito à licença-maternidade, sob vários argumentos. Diversos tribunais, por sua vez, reconheciam tal benefício à mãe adotante. Tal divergência foi definitivamente resolvida, ao menos na seara celetista, com o advento da Lei n.º 10.421/2002, que acrescentou o art. 392-A à Consolidação das Leis do Trabalho, reconhecendo, dessa forma, a licença-maternidade à trabalhadora que adotar uma criança.

#### **4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

O presente capítulo apresenta o conceito de princípios jurídicos, a importância que lhes fora atribuída em três fases do pensamento da ciência do Direito, e o papel que exerciam em relação às normas positivadas.

São analisados os atributos e funções que os princípios constitucionais possuem no ordenamento jurídico contemporâneo, isto é, de que forma concorrem para a elaboração das regras, bem como para a interpretação destas e dos demais princípios jurídicos. Discutem-se, ainda, questões relativas à normatividade e à eficácia dos mesmos.

Por fim, em virtude do tema deste trabalho, faz-se necessária a explanação acerca dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Legalidade, haja vista constarem nas fundamentações sustentadas em diferentes decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, ainda que relativas ao mesmo pedido,

ou seja, que à servidora pública, ao adotar criança de até 01 (um) ano de idade, seja concedida licença-maternidade com a mesma duração da licença concedida à mãe biológica.

#### 4.1 CONCEITO

A apreensão satisfatória do conceito de princípio constitucional exige, necessariamente, uma breve análise dos significados que os princípios jurídicos assumiram em três importantes estágios do pensamento da ciência do direito, quais sejam, a fase jusnaturalista, a positivista e a fase pós-positivista (contemporânea).

O jusnaturalismo, em linhas gerais, é uma corrente filosófica que se funda na existência do chamado *direito natural*. Embora “corrente jusnaturalista” seja uma expressão genérica aplicada a idéias criadas em fases históricas diversas e com conteúdos não necessariamente uniformes, essa corrente explica a origem do *direito natural* mediante a apresentação de duas teses: a) a primeira afirma ser este um conjunto de “leis” estabelecidas pela vontade de Deus; b) a segunda assegura que tal conjunto de “leis” seria uma imposição da razão humana.<sup>69</sup>

Enfim, seja qual for a tese que se defenda acerca de sua origem, se emanado da divindade ou se fruto da razão humana, todas acordam no seguinte preceito: o direito natural é um conjunto de princípios superiores, uniformes, permanentes, estáveis e imutáveis, que devem ser respeitados pelo Estado, quando da elaboração das normas de direito positivo, sob o risco de tornarem-se injustas e iníquas.<sup>70</sup>

O que importa, nesse momento, é deixar claro que os princípios, nessa fase heterogênea do pensamento jurídico, por habitar uma dimensão ético-valorativa do Direito, desempenhavam papel simplesmente informativo, com objetivo único de valorar como certas ou erradas as normas de direito positivo, em conformidade com

---

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 31 out. 2007.

<sup>70</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica (você conhece?)**. 10.ed. Rio de Janeiro. Forense. p.01 e 04.



as diretrizes por eles (princípios) emanadas. Situavam-se em uma esfera metafísica e abstrata, sendo reconhecidos como meros inspiradores de um ideal de justiça e, conseqüentemente, destituídos de eficácia normativa.<sup>71</sup> Nas palavras de Edinês Maria Sormani Garcia:

Primeiramente, na fase **jusnaturalista**, os princípios jurídicos habitavam uma esfera totalmente abstrata, como paradigmas axiomáticos que inspiravam os postulados de justiça. Situavam-se os princípios num patamar superior ao ordenamento jurídico. Assim, a normatividade dos mesmos era basicamente nula.<sup>72</sup> (Grifo no original)

Ao jusnaturalismo sucedeu o positivismo jurídico. Dado o êxito dos movimentos de codificação do século XVIII, representado especialmente pelo Código Civil Francês (1804), o direito natural perde importância pela sua natureza metafísica e, segundo os positivistas, anticientífica.<sup>73</sup> Nas palavras de Ricardo Maurício Freire Soares:

A passagem da concepção jusnaturalista à positivista está ligada à formação do Estado moderno que surge com a dissolução da sociedade medieval. Ocorre, assim, o processo de monopolização da produção jurídica pelo Estado, rompendo com o pluralismo jurídico medieval em favor de um monismo jurídico, em que o ente estatal prescreve o Direito [...] Com a formação do Estado moderno, o juiz, órgão da sociedade, torna-se órgão do Estado, titular de um dos poderes estatais, o judiciário. O direito positivo – direito posto e criado pelo Estado – é, pois, concebido, como o único e verdadeiro direito.<sup>74</sup>

O positivismo jurídico foi, em breves palavras, um movimento caracterizado por possuir a pretensão de criar uma ciência jurídica com métodos análogos aos das ciências exatas e naturais. Desse modo, procurou priorizar a busca pela objetividade científica, que deveria ser alcançada por meio da realidade observável, desprezando-se todas e quaisquer especulações filosóficas. Houve, pois, a separação do Direito da moral e dos valores transcendentais.

---

<sup>71</sup> TOVAR, Leonardo Zehuri. **O Papel dos Princípios no Ordenamento jurídico**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em: 31 out. 2007.

<sup>72</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo. Editora de Direito. 2003.p. 13-14.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit.

<sup>74</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador. JusPODIVM. 2008.p.31.

O Direito foi reduzido, conseqüentemente, a um conjunto de normas vigentes, consideradas como parte de um sistema perfeito, cuja justificação, como qualquer dogma, era dispensável, pois sua simples existência era o que bastava. Quanto aos princípios, estes eram destituídos de normatividade e desempenhavam função meramente subsidiária em caso de eventuais lacunas, sendo a sua aplicação diferida à última alternativa, no caso de colmatação dessas.<sup>75</sup> Conforme dissertação de Edinês Maria Sormani Garcia:

Como **positivista**, ficou conhecida a fase em que os princípios passam a ocupar um lugar secundário no ordenamento jurídico, como verdadeiras fontes subsidiárias do direito. Nessa fase, os princípios não podem se sobrepor à lei, nem lhe são considerados anteriores. São introduzidos nos códigos para estender sua eficácia de modo a impedir lacunas da lei e se induzem por via de abstração ou de sucessivas generalizações do próprio Direito Positivo. Então, o valor dos princípios lhes vem por derivarem das próprias leis.<sup>76</sup> (Grifo no original).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial coincidiu o início do desmoronamento do positivismo jurídico. As barbáries promovidas por aqueles que, de forma legitimada, exerciam o poder (líderes nazistas e fascistas) fizeram com que se repudiasse a existência de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos.

Com a incumbência de promover a reaproximação entre Ética e Direito, surgiu o pós-positivismo. Para tanto, ocorreu o fenômeno de “Constitucionalização do Direito”, ou seja, a Constituição passou a ocupar o topo e o centro dos sistemas jurídicos, locais anteriormente preenchidos pelo Código Civil, em especial nos países de tradição romano-germânica.<sup>77</sup> Por conseguinte, a almejada reaproximação entre Ética e Direito tornou-se possível, pois os valores compartilhados por toda a comunidade de uma determinada época e lugar materializaram-se sob a forma de princípios que, por seu turno, dotados de normatividade, passaram a estar abrigados, explícita ou implicitamente, nas Constituições.<sup>78</sup> Edinês Maria Sormani Garcia arremata:

---

<sup>75</sup> TOVAR, Leonardo Zehuri, op. cit.

<sup>76</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani, op.cit., p.14.

<sup>77</sup> FELLET, André Luiz Fernandes. **Direitos Humanos, Neoconstitucionalismo e Instituto da Transação Penal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10150>>. Acesso em: 01 nov. 2007.

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit.

Finalmente na terceira fase, contemporânea, prevalece o **pós-positivismo**, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. Nessa fase a hegemonia axiológica dos princípios se acentua, passando a pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.<sup>79</sup> (Grifo no original).

Assim, os princípios jurídicos podem ser conceituados como proposições fundamentais de uma ordem jurídica, os quais cristalizam valores sociais, materializando, no ordenamento jurídico, o quadro axiológico cultuado por uma determinada sociedade. Enfim, eles exprimem certos valores, que são aspirações almejadas, consciente ou inconscientemente, por uma dada coletividade.<sup>80</sup> Acerca dos princípios gerais do direito, Carlos Maximiliano escreve:

Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas, idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica.<sup>81</sup>

Quanto aos princípios constitucionais, outrora considerados meras exortações desprovidas de natureza jurídica, foram convertidos, pelas novas Constituições promulgadas nas últimas décadas do século passado, em fundamentos do sistema jurídico. Passaram a ser os responsáveis pela estrutura e coesão do arcabouço jurídico. Logo, sua não-observância e não-obediência poderão levar ao corrompimento do ordenamento, pelo desvirtuamento de seus fins. Conforme entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, princípio constitucional exprime a noção de:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani, op.cit., p.14.

<sup>80</sup> MATTOS NETO, Antônio José de. **Função Ética da Propriedade Imobiliária no Novo Código Civil**. Revista Jurídica Consulex. n.129, 31 de maio de 2002. 1 CD-ROM.

<sup>81</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16.ed. Rio de Janeiro. Forense. p.295.

<sup>82</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros. 1994.p. 450-451 *apud* GARCIA, Edinês Maria Sormani, op. cit., p.16.

No neoconstitucionalismo<sup>83</sup> existem discussões em torno da normatividade dos princípios constitucionais, ou seja, questiona-se se lhes seria reconhecido ou não o atributo da juridicidade. Rizzato Nunes sustenta o entendimento de que os princípios, por ocuparem o ponto mais alto de qualquer sistema jurídico, embora de forma genérica e abstrata, não seriam impedidos de incidir no plano da realidade. Para embasar seu entendimento, o autor explica que as normas jurídicas, ao incidirem no mundo real, devem obediência aos princípios constitucionais, levando-os, desse modo, à concretude.<sup>84</sup> Nessa mesma linha, Celso Ribeiro Bastos:

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas.<sup>85</sup>

Ainda, acerca da normatividade dos princípios constitucionais, Canotilho explica a diferença entre os termos “norma”, “princípio” e “regra”. Assim, para ele, “as regras e os princípios são duas espécies de normas; a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”. Por fim, destaca cinco critérios que diferenciam os princípios das regras:

a) grau de abstração: mais acentuado nos princípios que nas regras, que possuem grau reduzido de abstração; b) grau de determinabilidade [*sic*]: a indeterminação dos princípios faz com que careçam da mediação concretizadora do juiz, enquanto as regras possuem aplicabilidade [*sic*] mais imediata; c) caráter de fundamentalidade [*sic*] no sistema: os princípios possuem função estruturante dentro do sistema jurídico; d) proximidade da idéia de direito: os princípios vinculam-se mais diretamente a um ideal de justiça, enquanto as regras podem ter conteúdo meramente funcional; e) natureza normogenética: os princípios são fundamentos das regras.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Nas palavras de Ricardo Maurício Freire Soares, op.cit., p.78, “A doutrina vem utilizando as expressões ‘neoconstitucionalismo’, ‘constitucionalismo avançado’ ou ‘constitucionalismo de direitos’ para designar um novo modelo jurídico que representa o Estado Constitucional de Direito que existe em alguns países europeus, como, por exemplo, Itália, Alemanha e Espanha”.

<sup>84</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani, op.cit., p.20.

<sup>85</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. s/d. p.143-144 *apud* NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo. Saraiva. p.11.

<sup>87</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra. Livraria Almeida. 1993. p.1.087 *apud* ASSIS, Wilson Rocha. **A Normatividade dos Princípios e a Pós-modernidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8212>>. Acesso em 05 nov. 2007.

No que pertine ao grau de determinabilidade, pode-se dizer que tal palavra diz respeito ao nível de generalidade atribuído a cada uma das duas espécies normativas. Assim, ao passo que a regra jurídica geral é editada para incidir sobre uma situação jurídica determinada, o princípio, por sua vez, comporta uma variedade indefinida de aplicações, que somente será precisada mediante a análise do caso concreto. Ratificando o entendimento exposto, Fernando Muniz Santos:

As regras possuem uma estrutura pouco maleável, sendo estabelecidas para incidir em determinadas realidades, enquanto os princípios possuem uma estrutura maleável, aberta, que os capacita a incidirem em diversos casos concretos, dos mais diferentes matizes.<sup>88</sup>

Assim, conclui-se que os princípios possuem positividade e vinculatividade, atributos próprios das normas jurídicas. Portanto os princípios, tais como as regras jurídicas, obrigam e se caracterizam por sua eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos e privados. Além disso, influem sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, bem como de outros princípios mais abstratos.<sup>89</sup>

#### 4.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A história da humanidade é marcada pelo desrespeito à dignidade do ser humano . Os exemplos são vários (inquisição, escravatura, genocídios etc.), porém foram os frutos colhidos após as experiências totalitárias que levaram à Segunda Guerra Mundial os responsáveis por fazer os sistemas jurídicos ocidentais reconhecerem o ser humano como o centro e o fim do Direito. Rodrigo Meyer Bornholdt arremata:

É que, naquele momento histórico, surgiu um hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental, surgida de uma ruptura que causou uma crise dos direitos humanos, que permitiu **o estado totalitário de natureza**. Este **estado de natureza** não é um fenômeno externo, mas interno à nossa civilização, geradora de

---

<sup>88</sup> SANTOS, Fernando Muniz. **Os Princípios e as Regras Constitucionais Enquanto Normas Jurídicas**. Curitiba. 1995.p.12 *apud* Edinês Maria Sormani Garcia, op. cit., p.23.

<sup>89</sup> TOVAR, Leonardo Zehuri, op. cit.

selvageria, **que tornou o homem sem lugar no mundo.**<sup>90</sup> (Sem grifo no original).

Logo diversas Constituições passaram a consagrar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que foi elevado à categoria de valor supremo dos sistemas jurídicos de inspiração democrática. Segundo Canotilho, “a dignidade da pessoa humana significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do [...] indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República”.<sup>91</sup>

Embora o primado da dignidade da pessoa humano estivesse presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1789, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10/12/1948, a sua positivação constitucional ocorreu pela primeira vez com o advento da Constituição Alemã de 1949.<sup>92</sup> Desse modo, a dignidade da pessoa humana torna-se o arrimo tanto dos direitos fundamentais do homem quanto da importância que, de fato, os referidos direitos passam a ter nas Constituições contemporâneas do pós-guerra.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos cinco fundamentos da República brasileira, os quais estão insertos nos incisos do art. 1.º, *in verbis*:

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
I – a soberania;  
II – a cidadania;  
**III – a dignidade da pessoa humana;**  
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;  
V – o pluralismo político. (Sem grifo no original)

O princípio em análise configura-se, pois, como verdadeiro sustentáculo do Estado Democrático de Direito brasileiro. Conforme Ricardo Maurício Freire Soares:

[...] a dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos direitos e garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as

---

<sup>90</sup> BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005.p.84-85.

<sup>91</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra. 1992.p. 221 *apud* SOARES, Ricardo Maurício Freire, op.cit., p.81.

<sup>92</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire, op.cit., p.81.

exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.<sup>93</sup>

Em sentido semelhante, Luiz Alberto David Araújo:

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios constitucionais fundamentais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro. [...] O que se buscou enfatizar foi o fato de o Estado ter como um de seus objetivos proporcionar todos os meios para que as pessoas possam ser dignas. [...] O intérprete deve retirar do Texto Constitucional os valores para a sua tarefa. [...] A dignidade da pessoa humana deverá servir de farol para a busca da efetividade dos direitos constitucionais.<sup>94</sup>

A expressão “dignidade da pessoa humana” é de difícil conceituação, haja vista comportar diversos significados, dependendo do contexto histórico-cultural em que se insere.

José Afonso da Silva, ao falar sobre o assunto, invocou o pensamento de Kant para explicar elementos indispensáveis ao entendimento do conceito de dignidade da pessoa humana. Assim, o autor faz distinção entre a noção de coisa e de pessoa:

A filosofia kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si, e não simplesmente como meio, enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis por que se lhes chamam coisas; ‘ao contrário, os seres racionais são chamados de pessoas, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito.’<sup>95</sup>

A seguir, o autor supracitado explicita o conceito que a palavra dignidade assume na filosofia kantiana:

[...] no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer coisa equivalente. Daí a idéia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como um meio, o que se relaciona com as inclinações e

---

<sup>93</sup> Op. cit., p.81.

<sup>94</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo. Saraiva. 2000.p.102-104 *apud* MACHADO, Martha de Toledo, op.cit., p.94.

<sup>95</sup> SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 212:89-94. abr./jun.1988 *apud* MACHADO, Marta de Toledo, op.cit., p.90.

necessidades gerais do homem e tem um preço de mercado, enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é o que tem uma dignidade.<sup>96</sup>

Feitas essas considerações, resta saber que significação o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana apresenta no Estado Democrático de Direito brasileiro. Nas palavras de Edílson Pereira de Farias:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propicia as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual [...]. A sua proteção envolve tanto um aspecto de garantia negativa no sentido de a pessoa humana não ser ofendida ou humilhada, quanto outro de afirmação do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.<sup>97</sup>

Por fim, é necessário uma vez mais, porém com enfoque voltado ao objeto de estudo do presente trabalho, destacar a importância que o princípio em questão encerra no processo de interpretação das regras jurídicas. Ricardo Maurício Freire Soares leciona:

Eis a razão pela qual a relevância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana vem sendo firmada pela jurisprudência pátria, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, como referencial hermenêutico que ilumina a interpretação de toda a normatividade jurídica, muitas vezes superando a literalidade dos textos legais.<sup>98</sup>

Depreende-se do exposto que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve ser observado pelos três poderes do Estado. Porém, em razão do assunto abordado neste trabalho, dá-se destaque à observância do referido princípio na atividade jurisdicional, pois a não-interpretação e a não-aplicação das normas legais em consonância com o mesmo violam o próprio Estado Democrático de Direito.

#### 4.3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

---

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**, p. 51-52 *apud* BORNHOLDT, Rodrigo Meyer, *op.cit.*, p.85.

<sup>98</sup> *Op. cit.*, 87



Adotado pela Constituição de 1988, o Princípio da Igualdade assegura a todo o cidadão o direito de receber tratamento idêntico pela lei, de acordo com os critérios abrigados pelo ordenamento jurídico. Trata-se de princípio diretamente fundamentado na dignidade do ser humano e é pressuposto essencial para que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana seja concretizado e respeitado. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, *caput*, prescreve:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança, e à propriedade nos termos seguintes:

O Princípio da Igualdade, explicitado no texto constitucional, é mencionado no Preâmbulo da Constituição, inclusive. Conforme Marcelo Amaral da Silva, “é norma supraconstitucional; estamos diante de um princípio, direito e garantia, para o qual todas as demais normas devem obediência”.<sup>99</sup> Alexandre de Moraes manifesta-se acerca do assunto nos seguintes termos:

[...] o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]<sup>100</sup>

Pode-se dizer que referido princípio, conquanto seja a regra, não é, todavia, absoluto, em virtude da realidade dos fatos. Porém, somente a Constituição pode, de forma válida, abrir exceções. Caso o faça uma lei infraconstitucional, esta padece do vício da inconstitucionalidade, devendo ser banida do sistema jurídico. Segundo dissertação de Arianna Stagni Guimarães:

[...] o principal destinatário do Princípio da Igualdade é o legislador, que fica impedido de elaborar normas arbitrárias ou que estabeleçam privilégios para determinados grupos sob pena de tais normas serem declaradas inconstitucionais. Também são destinatários os administradores dos poderes públicos e os particulares.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> SILVA, Marcelo Amaral da. **Digressões Acerca do Princípio Constitucional da Igualdade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4143>>. Acesso em: 01 dez. 2007.

<sup>100</sup> MORAES, Alexandre de, op.cit., p.31.

<sup>101</sup> GUIMARÃES, Arianna Stagni. **A Importância dos Princípios Jurídicos no Processo de Interpretação Constitucional**. São Paulo. LTR. 2003.p.101.

O princípio em análise possui, portanto, uma tríplice finalidade limitadora, quais sejam, limitação ao legislador, ao intérprete (Administração Pública e Poder Judiciário) e ao particular. A respeito da finalidade limitadora do Princípio da Igualdade em relação ao Poder Judiciário, ensina Alexandre de Moraes:

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (uniformização na interpretação da legislação federal). Além disso, sempre em respeito ao Princípio da Igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os tribunais.<sup>102</sup>

A discriminação não é tolerada pelo Ordenamento jurídico contemporâneo, sendo, portanto, repudiada tanto pelas leis quanto pela própria Constituição. Se assim não fosse, restaria prejudicado o próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Conforme entendimento de Américo Plá Rodriguez:

[...] o principal é a dignidade do ser humano, que é a mesma para todos, quaisquer que sejam as particularidades de cada um. Em outras palavras, isso não significa que se proíbem todas as diferenças, mas só as diferenças injustificadas, que costumam ser identificadas pela palavra discriminação.<sup>103</sup>

Nessa mesma linha, Alice Monteiro de Barros:

[...] a igualdade é um conceito relacional, exige um elemento de comparação entre as situações que se encontram os respectivos sujeitos passivos. Ela apresenta uma conexão com a justiça social e com a concretização dos mandamentos constitucionais que visam à efetivação dos direitos sociais. A igualdade é também inerente ao conceito de igual dignidade das pessoas, fundamento contra a discriminação, que é a manifestação mais expressiva deste princípio.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> Op. cit., p. 32

<sup>103</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo. LTR. 2000.p.440 *apud* FREDIANI, Yone, op.cit., p.34.

<sup>104</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Discriminação no Emprego por Motivo de Sexo**. In: VIANA, Márcio Túlio (coord.). **Discriminação**. São Paulo. LTR. 2000.p.38-39 *apud* FREDIANI, Yone, op. cit., p.33.

Diante do exposto, conclui-se que a Constituição, por intermédio do Princípio da Igualdade, veda que se estabeleça tratamento diverso ou distinção injustificada entre cidadãos que estejam em igualdade de condições. Todavia, caso determinada norma legal estabeleça qualquer tipo de distinção, esse tratamento desuniforme deverá ser plena e integralmente justificado, necessário, razoável e encontrar arrimo na própria Constituição Federal de 1988.

#### 4.4 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal destinou um capítulo especial para tratar da Administração Pública, versando de forma pormenorizada à sua estrutura governamental, função, princípios a ser obedecidos, forma de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, dentre outros assuntos. Por fim, tratar-se-á, nesse tópico, acerca da obrigatoriedade da obediência, pela Administração Pública, ao princípio da legalidade, haja vista sua importância para compreensão do objeto de estudo do presente trabalho. Segundo Alexandre de Moraes:

A administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.<sup>105</sup>

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal, explicita alguns dos princípios aos quais a Administração Pública deve obediência no exercício de suas funções, dentre os quais se encontra o princípio da legalidade. É necessário ressaltar que o referido princípio é o mesmo previsto no art. 5.º, II, da Constituição. Dispõe o art. 37, *caput*, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios **da legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (Sem grifo no original).

De acordo com esse princípio, a Administração Pública deverá obedecer, em toda a sua atividade, aos mandamentos legais, não podendo deles se afastar,

---

<sup>105</sup> Op. cit., p.293.

sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Nas palavras de Alexandre de Moraes, o princípio da legalidade:

[...] aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo o que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar a ordem jurídica.<sup>106</sup>

O princípio da legalidade é extensivo às demais atividades do Estado, ou seja, à função legislativa e à atividade jurisdicional. Por fim, as leis a serem observadas devem obediência à Constituição, tanto do ponto de vista formal (processo de elaboração), quanto do ponto de vista material, devendo estar em consonância com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por ser o homem e sua dignidade o centro e os fins a serem alcançados pelo Estado no desempenho de suas funções.

---

<sup>106</sup> *Ibidem*, p.294.

## **5. A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

O objetivo do capítulo a seguir é expor, de forma concisa e direta, a gênese e a definição da Doutrina da Proteção Integral. A inserção da referida doutrina no ordenamento jurídico brasileiro resultou do reconhecimento de direitos e garantias fundamentais para todas as crianças e adolescentes, bem como da necessidade de conferir-lhes uma série de direitos especiais, em razão de sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento. O estudo dessa doutrina é, pois, condição *sine qua non* para a compreensão da própria essência do Direito da Criança e do Adolescente.

O Princípio da Prioridade Absoluta no tratamento de questões envolvendo crianças e adolescentes é corolário da Doutrina da Proteção Integral, devendo nortear todas as ações do Estado, a fim de que seja conferida maior efetividade aos direitos e às garantias fundamentais e especiais da população infanto-juvenil. Logo esse é o motivo que faz relevante a investigação do princípio em questão.

O estudo do direito à convivência familiar é essencial para a apreensão do tema do presente trabalho. Igualmente, constitui-se em direito fundamental e de suma importância para o desenvolvimento infanto-juvenil, pois as políticas de institucionalização, outrora tão privilegiadas no período pré-Constituição Federal de 1988, foram e são responsáveis pelas nefastas seqüelas produzidas nos indivíduos privados do convívio familiar. O exame da vedação constitucional a designações discriminatórias relativas à filiação, por sua vez, torna-se primordial, haja vista ser essa análise essência do presente trabalho.

### 5.1 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Doutrina da Proteção Integral originou-se de uma proposta da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas – a ONU –, em 1989. A referida Convenção foi fruto do esforço conjunto entre diversos países, que buscaram definir, durante o período de dez anos, os direitos humanos comuns para todas as crianças, pois estes seriam a base para a formulação das normas legais de cada Estado. Assim, destacaram-se direitos universalmente aplicáveis, haja vista a capacidade de cada um deles em abranger as diferenças econômicas, conjunturais e socioculturais existentes entre os povos.<sup>107</sup>

Fundamenta-se a Doutrina da Proteção Integral na garantia de direitos individuais, difusos e coletivos a todos os indivíduos de 0 (zero) a 18 (dezoito) anos incompletos, os quais são tidos por sujeitos diferenciados e credores de direitos especiais por sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento. Segundo Martha de Toledo Machado:

Os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são **especiais**, no sentido de distintos dos direitos dos adultos, sob dois aspectos: um de natureza quantitativa, outro de natureza qualitativa.

Podemos dizer que crianças e adolescentes gozam de maior gama de **direitos fundamentais** que os adultos.

Com efeito, são titulares de todos os direitos individuais e sociais reconhecidos ao ser humano nos artigos 5.º, 6.º e 7.º da Constituição da República. [...] Mas crianças e adolescentes gozam de outros direitos fundamentais, dos quais são titulares em razão da **peculiar** condição em que se encontram.<sup>108</sup> (Grifo no original).

<sup>107</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: Uma Proposta Interdisciplinar**. Rio de Janeiro. Renovar. 1996.p. 25 *apud* LEAL, Luciana de Oliveira. **Liberdade da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro. Forense. 2001.p.54-55.

<sup>108</sup> MACHADO, Marta de Toledo, op.cit., p.153-154.

Os princípios nos quais se inspirou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e que representam as bases da doutrina supracitada são:

- a) o conceito de criança como sujeito de direitos e que tem condições de participar das decisões que lhe dizem respeito;
- b) o princípio do superior interesse da criança, isto é, que os direitos da criança devem estar acima de qualquer outro interesse da sociedade;
- c) o princípio da indivisibilidade dos direitos da criança, ou seja, não se trata de assegurar apenas alguns direitos e sim, todos.<sup>109</sup>

A Constituição Federal de 1988 adiantou-se à Convenção da ONU <sup>110</sup> e inseriu a Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do art. 227, que dispõe, *in verbis*:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Acerca do artigo em análise, leciona Luciana de Oliveira Leal:

Nesse contexto, conveniente a observância de que a Constituição de 1988 em seu art. 227 assegura a crianças e adolescentes extensa gama de direitos individuais e sociais. Assim, sua eficácia é imediata e de aplicabilidade direta, uma vez que os direitos que assegura são qualificáveis como subjetivos e exigíveis de pronto, por meio do exercício do direito de ação perante o Poder Judiciário.<sup>111</sup>

A autora acima explica que as normas do art. 227, disciplinadoras dos direitos de crianças e adolescentes, bem como dos deveres da família, sociedade e Estado, possuem natureza material e formalmente constitucional. Isso porque, do ponto de vista material, essas normas definem direitos fundamentais e, do ponto de vista formal, estão insertas no bojo da própria Constituição. Por fim, conclui que a interpretação e aplicação dessas regras devem obediência a todos os princípios insertos na Lei Maior.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> VOLPI, Mário, op.cit., p.32.

<sup>110</sup> A Convenção Internacional sobre os Direitos da criança foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14.09.1990. ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo. Saraiva. 2005.p.01.

<sup>111</sup> LEAL, Luciana de Oliveira, op.cit., p.30.

<sup>112</sup> Ibid., p.27-28.

A Lei n.º 8.069, de 13/07/1990, mais conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente – o ECA –, estabeleceu diretrizes para a execução das finalidades previstas no Texto Constitucional, ou seja, as de assegurar a todas as crianças e adolescentes a totalidade dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, inseridos ao longo da Constituição, bem como os direitos especiais que lhes foram destinados no art. 227. Luciana de Oliveira Leal conclui acerca do referido artigo:

Ainda que se pudesse classificar a dita norma como programática, qualquer tentativa de retirar-lhe a eficácia prática seria frustrada. Com a vigência da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), encontra-se a matéria regulada em nível infraconstitucional, o que obriga a sua aplicação direta e eficaz. [...] <sup>113</sup>

Convém lembrar que, ao contrário da Doutrina da Situação Irregular, a proteção integral é destinada a toda a população infanto-juvenil, sem distinções.

Da própria preventividade ínsita às normas constitucional e legal, e do âmbito irrestrito de sua aplicação, pode-se extrair a regência dos direitos do menor pelo Princípio da Igualdade. Assim, os direitos fundamentais titularizados por este grupo de pessoas em desenvolvimento são exercitáveis tanto por crianças e adolescentes criados no seio de uma família quanto pelos abandonados, que vivem nas ruas, deixados à própria sorte. <sup>114</sup>

A proteção integral, explicitada no art. 1.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, é abrangente, atingindo todas as áreas da vida da criança e do adolescente. Desse modo, o Estatuto, por meio de seus artigos, trata de questões referentes:

[...] à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à profissionalização, ao lazer e ao esporte.

Cuida, além disso, da colocação em família substituta, cujas espécies são a guarda, a tutela e a adoção.

Outro aspecto relevante diz respeito às garantias processuais, no caso em que o menor comete infrações penais, sem o que não se pode aplicar uma medida sócio-educativa (art.112 do ECA).

Há também medidas de proteção aplicáveis às crianças e aos adolescentes, com o objetivo de resolver algum problema de ordem física ou psíquica (art.101 do ECA). <sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, p.30.

<sup>114</sup> LEAL, Luciana de Oliveira, op.cit., p.56.

<sup>115</sup> ELIAS, Roberto João, op.cit., p.02.



O Estatuto da Criança e do Adolescente, baseado nos arts. 227 e 228 da Constituição Federal, regulou as relações da família, da sociedade e do Estado com a criança e o adolescente. Nas palavras de Martha de Toledo Machado:

A **estrutura peculiar** do direito material de crianças e adolescentes se caracteriza por conformar todos eles para gerarem **prestações positivas** (obrigação **comissiva** e não meramente **omissiva**) aos obrigados (representados pelo trinômio **Estado, Família e Sociedade**, empregado no caput do art. 227 da CF), sob a ótica de maior garantia, impondo-lhes **dever de asseguração prioritário**.<sup>116</sup> (Grifo no original).

Os artigos 3.º e 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem, *in verbis*:

Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4.º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Depreende-se da leitura dos artigos supramencionados que o Estatuto da Criança e do Adolescente está em consonância com os princípios norteadores do Direito da Criança presentes na Constituição Federal, especialmente no que se refere à garantia de assegurar a esses indivíduos os direitos fundamentais e especiais que lhes foram destinados pela Lei Maior, assim como a atribuição de responsabilidade concorrente à família, à sociedade e ao Estado para que a proteção integral da população infanto-juvenil seja, de fato, implementada.

Ainda em análise ao art. 3.º do Estatuto, observa-se que o objetivo imediato da proteção integral é a fruição de direitos, enquanto que seu objetivo mediato é garantir a crianças e adolescentes que lhes seja proporcionada a oportunidade de se desenvolverem de forma saudável nos mais diversos aspectos (físico, mental, moral,

---

<sup>116</sup> MACHADO, Martha de Toledo, op.cit., p.407.

espiritual e social), em condições de liberdade e dignidade, a fim de que se tornem adultos equilibrados. Arremata Martha de Toledo Machado:

Em suma, porque a personalidade de crianças e adolescentes ainda não está formada, porque a possibilidade de desenvolver as potencialidades do ser humano adulto é pré-requisito da própria conceituação jurídica de personalidade e porque as crianças e adolescentes são mais vulneráveis que os seres humanos adultos, há necessidade de que seus direitos fundamentais, sob o ângulo do próprio direito material, sejam conformados, estruturados, de maneira diversa daquela pela qual se conformam os direitos fundamentais dos adultos.<sup>117</sup>

Assim, conclui-se que crianças e adolescentes são titulares de todos os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, bem como daqueles decorrentes do regime e princípios por ela adotados ou dos tratados e convenções de que o Brasil seja signatário (CF, art. 5.º, § 2.º). Porém, em razão da peculiar condição em que se encontra essa parcela da população, ou seja, de pessoas em desenvolvimento, a proteção integral, inserida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei Maior e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, confere a esses indivíduos um sistema especial de proteção a esses direitos, diverso daquele que foi outorgado aos adultos. Esse sistema especial de proteção pode ser explicitado pelo Princípio da Prioridade Absoluta, bem como pelo princípio da cooperação, isto é, o da atribuição, de forma concorrente, à família, à sociedade e ao Estado do dever de assegurar todos os direitos titularizados pela população infanto-juvenil.

## 5.2 O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O art. 227 da Constituição Federal, ao atribuir o dever à família, à sociedade e ao Estado de garantir a crianças e adolescentes os direitos ali enumerados, determinou que estes fossem assegurados com absoluta prioridade. Da mesma forma, ao regulamentar o artigo supramencionado, fê-lo o Estatuto da Criança e do Adolescente ao longo do texto de seu art. 4.º, *in verbis*:

Art. 4.º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, **com absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte,

---

<sup>117</sup> Ibid., p.121.

ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (Sem grifo no original).

Observa-se, pois, que o Direito brasileiro confessadamente confere proteção especial e prioritária à criança e ao adolescente, em conformidade com as diretrizes traçadas por diversos documentos de iniciativa das Nações Unidas, dos quais se destaca a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959. O conteúdo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, por seu turno:

Recomenda que a infância seja considerada **prioridade imediata e absoluta**, necessitando de **consideração especial**, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais. Reafirma, também, conforme **o princípio do interesse maior da criança**, que é dever dos pais e responsáveis garantir às crianças a proteção e cuidados especiais e na falta destes é obrigação do Estado assegurar que as instituições e serviços de atendimento o façam.<sup>118</sup> (Grifo no original).

Diante do acima exposto, verifica-se que o Princípio da Prioridade Absoluta e o princípio do maior interesse da criança (este último, desdobramento daquele) tornam possível a compreensão do real conteúdo da Doutrina da Proteção Integral. Pode-se dizer que a referida doutrina encerra em si a primazia dos interesses da criança e do adolescente diante de qualquer outro interesse conferível ao Estado, à coletividade e às pessoas, individualmente consideradas. Ensina Luciana de Oliveira Leal:

[...] a Proteção Integral traduz-se em preocupação constante e atuação concreta e efetiva no asseguramento dos direitos atribuídos aos menores. Qualquer outro direito ou interesse, ainda que constitucionalmente tutelado, há de ser levado a plano secundário, subordinado ao prévio atendimento dos direitos de crianças e adolescentes. Por outro lado, o alcance da Doutrina é irrestrito, de modo que deve cercar os menores em qualquer fase de suas vidas, independentemente do preenchimento de qualquer requisito.<sup>119</sup>

Conforme entendimento de Martha de Toledo Machado, o Princípio da Prioridade Absoluta decorre do dever de respeitar-se a peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, na qual se encontram crianças e adolescentes. Assim, segundo a autora, as obrigações diversas que emanam do texto

<sup>118</sup> PEREIRA, Tânia da Silva, op.cit., p.25 *apud* LEAL, Luciana de Oliveira, op.cit., p. 55.

<sup>119</sup> LEAL, Luciana de Oliveira, op.cit., p. 55-56.

constitucional, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm que ser cumpridas com primazia, pois é uma forma de equilibrar a desigualdade fática existente entre os adultos e a população infanto-juvenil.<sup>120</sup>

Ainda, acerca do Princípio da Prioridade Absoluta, Luciana de Oliveira Leal faz importante observação:

[...] convém ressaltar que a absoluta prioridade prevista constitucionalmente, segundo o entendimento jurisprudencial, tem natureza de garantia de direitos fundamentais. Com isto, afasta-se a discricionariedade do Poder Público através [sic] do reconhecimento do dever estatal de assegurar os direitos titularizados pelos menores. Desta forma, possível é a atuação do Poder Judiciário, desde que provocado, na imposição, à Administração, de obrigações de executar obras específicas, com o fim de efetivar o mencionado princípio.<sup>121</sup>

Assim, no que concerne à prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, ao Poder Público não é facultado agir por oportunidade ou conveniência. Desse modo, quando à família não for possível garantir de forma plena todos os direitos de suas crianças e adolescentes, é dever do Estado fazê-lo, haja vista ser a sociedade um ente despersonalizado. Portanto as regras constitucionais e infraconstitucionais elaboradas em favor desse segmento da população, e os princípios que as regem devem ser cumpridos com primazia incondicional.

### 5.3 DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A família é o *habitat* do ser humano. Considerada uma sociedade natural, é protegida constitucionalmente em sua pluralidade de manifestações. As Constituições anteriores, bem como o Código Civil de 1916, concebiam-na como sinônimo de casamento.

Sendo vista tal qual uma instituição econômica (segundo o pensamento da elite do final do século XIX e início do século XX), a finalidade da família resumia-se

---

<sup>120</sup> MACHADO, Martha de Toledo, op.cit., p.412-413.

<sup>121</sup> LEAL, Luciana de Oliveira, op.cit., p.39.

à procriação, à produção e proteção do patrimônio. Portanto, a família constituída pelo casamento era “o meio pelo qual se garantiu a transmissão dos bens àqueles que estavam legitimamente ligados por laços de consangüinidade” <sup>122</sup>. Desse modo, o interesse da instituição sobrepunha-se aos interesses individuais de seus integrantes, sobretudo de mulheres e crianças. Ensina Edinês Maria Sormani Garcia:

A família regulamentada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, fruto do pensamento racionalista do século XIX, traduz um produto da sua época [...] Era uma família patriarcal, dominada pela figura do pai. Ele encarnava e representava o grupo familiar cujos interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos membros que a compunham. Mulher e filhos lhe eram rigorosamente subordinados. A esposa, destinada ao lar. Os filhos, submetiam suas escolhas profissionais e amorosas às necessidades familiares. <sup>123</sup>

Com o advento da Ordem Constitucional de 1988, com fulcro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a família deixa de ser o repositório de interesses meramente patrimoniais e sua tutela constitucional justifica-se “em função [sic] da realização das exigências humanas, como o lugar onde se desenvolve a pessoa” <sup>124</sup>. Reconhecida a sua essencialidade para o desenvolvimento da personalidade e das aptidões de toda criança e adolescente, nenhuma outra instituição, por melhor que seja, pode substituir a família. Segundo Martha de Toledo Machado:

A História demonstrou [...] que a personalidade humana não se desenvolve, nas suas potencialidades mínimas e básicas, nas instituições totais, basicamente porque a criança não cresce sadiamente sem a constituição de um vínculo afetivo estreito e verdadeiro com um adulto, o que é impossível de se dar em tais instituições (os trabalhadores de tais internatos, por mais bem-intencionados e corretos que o sejam, mantêm uma ligação profissional com as crianças, não afetiva – pessoal). <sup>125</sup>

Assim, dada a importância da convivência familiar para crianças e adolescentes, ela foi expressamente enunciada no *caput* do art. 227 da Constituição Federal, afigurando-se, pois, como verdadeiro direito fundamental. No Estatuto da

---

<sup>122</sup> DIAS, Maria Berenice. **Era uma Vez**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte. Del Rey. 2004.p.16.

<sup>123</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani, op.cit., p. 129-130.

<sup>124</sup> Ibid., p. 129.

<sup>125</sup> MACHADO, Martha de Toledo, op.cit., p.154.

Criança e do Adolescente, ela é mencionada no art. 4.º e tratado de forma mais específica nos artigos 19 a 24. Dispõe o art. 19, *in verbis*:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, **assegurada a convivência familiar** e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. (Sem grifo no original).

Dessa forma, o direito de convivência familiar está diretamente ligado à noção de família como o meio apropriado para o desenvolvimento das aptidões do indivíduo. É nela que se espera encontrar o ambiente capaz de proporcionar o bem-estar, a proteção e a assistência indispensáveis à evolução e ao amadurecimento da criança e do adolescente para as responsabilidades da vida adulta em sociedade. Nas palavras de Maria do Rosário Leite Cintra:

A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e o universo [...] Outra realidade igualmente contemplada no art. 19 [da Lei n.º 8.069/90] é que o recolhimento de crianças em internatos contraria o direito fundamental, aqui reconhecido, da convivência familiar e comunitária [...] <sup>126</sup>

Nessa mesma ordem de idéias, observa Roberto João Elias:

Releva observar que toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado no seio de uma família; se isso não for possível, no de uma família substituta [...] Em se tratando de direito fundamental, a colocação em abrigo, como adverte o legislador, há de ser temporária, devendo ser preservando os vínculos familiares; não sendo possível o retorno do menor à sua família biológica, deve-se procurar integrá-lo em família substituta (art. 92, I e II, do ECA). <sup>127</sup>

Em virtude da importância do direito em análise para o desenvolvimento bio-psíquico-social do ser humano, o legislador previu a colocação, em família substituta, da criança e do adolescente que, por algum motivo, não pudesse permanecer com sua família natural. Para que o seu desenvolvimento não reste

---

<sup>126</sup> CINTRA, Maria do Rosário Leite. **Comentários ao artigo 19 do ECA**. In: MUNIR, Cury *et al.* **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo. Malheiros. 1992.p. 83-85 *apud* MACHADO, Martha de Toledo, *op.cit.*, p.156.

<sup>127</sup> ELIAS, Roberto João, *op.cit.*, p.22.

prejudicado, faz-se necessário providenciar-lhe uma família que o acolha e proporcione a assistência que lhe é devida. Nas palavras de Roberto João Elias:

É certo que uma família é necessária para que o menor possa gozar dos direitos que lhe são próprios por força de sua incapacidade. [...] é por ser incapaz que se lhe reconhecem direitos especiais e próprios, exigência de suas deficiências naturais, o que é característica de seu estado pessoal. Conforme todas as orientações de ordem social e psicológica, a assistência que é devida à criança e ao adolescente só poderá ser prestada, em toda a sua amplitude, em um ambiente familiar.<sup>128</sup>

O direito à convivência familiar está em conformidade com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois a família é o organismo e o *locus* especial de tutela da vida e da pessoa humana, bem como do pleno desenvolvimento de suas potencialidades. Rosa Nery arremata:

[...] seus membros são unidos por uma força que transcende a esfera do Direito. Como seus membros se amam reciprocamente, o bem de um e de outro é o bem da mesma pessoa [...] A família constitui-se em alargamento das esferas das pessoas. O reconhecimento da personalidade humana impõe uma conexão com o reconhecimento da família. Isso em virtude da inafastável realidade de que a vida humana começa e tem condições efetivas de viabilidade no ambiente familiar. A proteção da instituição familiar [...] oferece à sistemática jurídica estofo para a compreensão dessa realidade, fundamental à preservação da vida [...] A proteção constitucional da infância e da juventude, bem como a da Família, que a nossa Carta Magna tanto preza, objetiva, por certo, o amparo dessa realidade intrinsecamente ligada à cláusula geral da tutela da pessoa humana [...]<sup>129</sup>

Crianças e adolescentes são pessoas em fase de desenvolvimento; portanto faz-se necessário que o direito à convivência familiar lhes seja assegurado, pois o referido direito é um dos pontos de esteio sobre o qual repousa a proteção integral destinada à população infanto-juvenil. A sua não-implementação, conseqüentemente, constitui-se em violação de direito fundamental e, também, em violação do próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

#### 5.4 DA VEDAÇÃO À DESIGNAÇÕES DISCRIMINATÓRIAS RELATIVAS À FILIAÇÃO

---

<sup>128</sup> Ibid., p.39.

<sup>129</sup> NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **A Proteção Civil da Vida Humana**. In: A Vida dos Direitos Humanos – Bioética Médica e Jurídica. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris. 1999.p. 456-461 *apud* MACHADO, Martha de Toledo, op.cit., p.158.

Conforme explicitado no capítulo anterior deste trabalho, os princípios constitucionais irradiam-se sobre as regras jurídicas de modo a compor-lhes o espírito e servir para que sejam compreendidas com exatidão. Desse modo, convém esclarecer que o direito de não ser discriminado decorre do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, verdadeiro fundamento da Ordem Jurídica vigente, bem como do Princípio da Igualdade, adotado pela Constituição Federal de 1988 e explicitado no *caput* de seu art. 5.º, que dispõe, *in verbis*:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança, e à propriedade nos termos seguintes: [...]

O direito de não ser discriminado foi garantido a crianças e adolescentes, de forma expressa, pela Constituição, no *caput* do art. 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, **discriminação**, exploração, violência, crueldade e opressão. (Sem grifo no original).

Tal direito também foi enunciado no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 5.º, *in verbis*:

Art. 5.º **Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.** (Sem grifo no original).

Percebe-se, partindo da leitura do *caput* do art. 227 da Constituição Federal e do art. 5.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que o direito de não ser discriminado gera dois tipos de prestações aos co-obrigados. Desse modo, a família, o Estado e a sociedade devem abster-se da conduta “discriminar”, bem como têm o dever de agir para fazer cessar tal conduta quando se constatar que alguma criança ou adolescente seja objeto de qualquer forma de discriminação.

Feitas as considerações acima, é preciso, ainda, definir o que é filiação. Acerca do assunto, leciona Paulo Luiz Netto Lobo:



Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.<sup>130</sup>

A filiação pode ser biológica (ou consangüínea) e civil. A primeira consiste na relação de parentesco entre pais e filhos, caracterizando-se a referida relação pela consangüinidade em linha reta de primeiro grau. Já a filiação civil, segundo ensina Maria Helena Diniz, é um vínculo decorrente da adoção e que independe de qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim, “trazendo para a família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha”.<sup>131</sup>

Antes do advento da Ordem Constitucional contemporânea, havia distinção entre os filhos em virtude da origem de filiação. Além da filiação civil e natural, havia uma subclassificação quanto à última. Acerca do assunto, leciona Giselda Hironaka:

[...] a filiação, doutrinariamente considerada, podia ser legítima, legitimada e ilegítima, conforme diversa fosse a sua origem. Decorrentes de relações extramatrimoniais, os filhos ilegítimos classificavam-se em naturais, espúrios, adulterinos e incestuosos. [...] Os filhos espúrios, por sua vez, seriam os oriundos da união de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção, por laço de parentesco em grau proibido ou por já serem casados – ambos, ou um deles, apenas – com outra pessoa. Duas seriam as espécies de filhos espúrios: os adulterinos e os incestuosos.<sup>132</sup>

Todavia as distinções entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos não encontram mais lugar no ordenamento jurídico brasileiro desde 05/10/1988. Assim, no que pertine à vedação a designações discriminatórias relativas à filiação, a Constituição Federal estabeleceu no § 6.º de seu art. 227 que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, reproduziu em seu art. 20, *ipsis litteris*, o que prescreve o dispositivo constitucional supramencionado. Da

<sup>130</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte. Del Rey. 2004.p. 507-508.

<sup>131</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2004. Art. 1618, p.1.200.

<sup>132</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos Filhos Havidos Fora do Casamento**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=528>>. Acesso em 26 jun. 2007.

mesma forma, fê-lo o art. 1.596 da Lei n.º 10.406, de 10/01/2002, mais conhecida como o Código Civil Brasileiro de 2002.

Dessa forma, para corroborar o que acima foi exposto, necessário faz-se mencionar o que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente acerca do assunto. Assim, dispõe seu art. 41, *in verbis*:

Art. 41. **A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres**, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. (Sem grifo no original).

Da mesma maneira, dispõe o Código Civil de 2002 no art. 1.626, *in verbis*:

Art. 1.626. **A adoção atribui a situação de filho ao adotado**, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. (Sem grifo no original).

Acerca do assunto, leciona Paulo Luiz Netto Lobo:

A norma constitucional não necessitava de concretização infraconstitucional, porque dotada de força normativa própria, suficiente e auto-executável. Todavia, sua reprodução no artigo introdutório do Código Civil destinado à filiação contribuiu para reforçar a natureza de fundamento, assentado no Princípio da Igualdade, determinante de todas as normas subseqüentes. Não se permite que na interpretação das normas relativas à filiação possa-se revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações patrimoniais entre pais e filhos e entre irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.<sup>133</sup>

Observa-se que os filhos adotivos, outrora discriminados pelas legislações anteriores à Constituição de 1988, passaram a possuir o mesmo *status* do filho biológico no seio da família que os recebe, contando com os mesmos deveres e direitos, hereditários inclusive. Roberto João Elias, acerca dos requisitos da nova

---

<sup>133</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial**: arts. 1.591 a 1.623. São Paulo. Atlas. 2003. v.XVI.p.39 *apud* LIMA, Taisa Maria Macena de. **Responsabilidade Civil dos Pais por Negligência na Educação e Formação Escolar dos Filhos: O Dever dos Pais de Indenizar o Filho Prejudicado**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte. Del Rey, 2004.p. 625-626.

certidão de nascimento do adotando, assevera ser certo “que não pode haver quaisquer discriminações entre filhos e, de acordo com o art. 5.º da Lei n.º 8.560/92, no registro de nascimento não se pode fazer qualquer referência à natureza da filiação”.<sup>134</sup>

Diante do acima exposto, conclui-se que a vedação a designações discriminatórias relativas à filiação decorre de regras explícitas inseridas na própria Constituição Federal, bem como de outras regras presentes nas legislações infraconstitucionais. Da mesma forma, a proibição a referidas designações discriminatórias encontra arrimo no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, verdadeiro sustentáculo do arcabouço jurídico vigente e, ainda, deriva diretamente do Princípio da Igualdade. Por outro lado, em conformidade com a doutrina da proteção integral, é dever de todos colocar a salvo todas as crianças e adolescentes de **quaisquer espécies de discriminação**.

---

<sup>134</sup> ELIAS, Roberto João, op.cit., p.73.

## **6. A IMPORTÂNCIA DA LICENÇA-MATERNIDADE**

Conforme visto em capítulos anteriores, a licença-maternidade foi uma importante conquista social, tendo como objetivos, no que se refere à mulher trabalhadora, a tutela de sua saúde, quando em fase de gestação, bem como acabar com a discriminação da contratação de mão-de-obra feminina, em razão de uma gravidez real ou potencial. No presente capítulo será estudada a importância da licença-maternidade para a trabalhadora gestante, sob os aspectos físico, emocional e psicológico. Em seguida, a mesma análise será feita, porém tendo como destinatária a mãe adotante.

Por último, será examinada a relevância da licença-maternidade para a criança, partindo-se do exame das características do seu desenvolvimento físico, psicológico e emocional e dos fatores determinantes para que esse processo de maturação aconteça de forma satisfatória.

## 6.1 PARA A GESTANTE

Ao longo da gravidez, o corpo da mulher passa por uma série de alterações anatômico-fisiológicas para que melhor possa acomodar o novo ser que em seu interior se desenvolve. Essas alterações devem-se à ação de hormônios que, por sua vez, também são responsáveis por constantes mudanças do estado emocional da gestante.<sup>135</sup> Acerca dessa reatividade emocional, leciona Justin Pikunas:

Cerca de dois terços das mulheres grávidas experimentam aumento de irritabilidade [sic], os ataques de “tristeza” e choro, sem qualquer outra razão aparente senão a própria gravidez. Os ânimos se revelam mais forte durante essa fase da vida do que em quaisquer outras ocasiões [...] A futura mamãe carece de apoio, aprovação e segurança [...] além disso, precisa de linhas de comunicação com outras pessoas importantes em sua vida. Se estas expressarem aprovação e entendimento sobre sua condição, isto ajuda a levantar seu senso de valor e dignidade como mulher, cumprindo sua função singular na família e na sociedade.<sup>136</sup>

Além desses fatores, a gestante se depara com uma série de indagações e temores acerca das complicações que podem surgir durante o parto, da saúde do bebê etc., tudo isso somado às preocupações que permeiam o cotidiano da vida de uma mulher que desempenha diversos papéis sociais: o de trabalhadora, esposa, dona-de-casa etc., cada um deles com as exigências e responsabilidades que lhe são próprias. Disserta Eraldo Dantas acerca da importância da licença-maternidade para a trabalhadora gestante:

A licença-maternidade confere subsídios para uma tranqüila gestação e justifica-se, a priori, pela recuperação física e psicológica necessárias ao pós-parto. É fato que a gestante sofre inúmeras transformações físicas e psicológicas que vão de simples mal-estar e constante aumento de peso, até possível depressão provocados por estresse ou expectativas diversas (inclusive, eventualmente, sentimento de repulsa do neonato), sem prejuízo de eventual seqüela oriunda do parto, independentemente de intervenção médica. [...] Evidencia-se, então, a necessidade de a gestante afastar-se das atividades laborativas, seja para proteger-se de eventual esforço ou de

---

<sup>135</sup> ALTMAN, Lawrence K; et al. **Manual Merck de Informação Médica – Saúde para a Família**. Disponível em: <[http://www.msd-brazil.com/msdbrazil/patients/manual\\_Merck/mm\\_sec22\\_243.html](http://www.msd-brazil.com/msdbrazil/patients/manual_Merck/mm_sec22_243.html)>. Acesso em: 10 fev. 2008.

<sup>136</sup> PIKUNAS, Justin. **Desenvolvimento Humano**. 3.ed. São Paulo. McGraw-Hill. 1979.p.139.

algo que venha a prejudicar sua saudável gestação, seja para recuperar-se física e psicologicamente, visando ao adequado retorno à sua rotina laboral.<sup>137</sup>

Após o parto, durante 6 a 8 semanas, a mulher pode apresentar alguns sintomas físicos e emocionais que são decorrentes da readaptação de seu organismo ao estado anterior à gravidez. Para se evitar complicações e manter-se o equilíbrio emocional da mãe, portanto é necessário um período de descanso.

Por outro lado, é essencial um período de convivência entre mãe e filho para que o vínculo afetivo-emocional se estabeleça e se consolide entre ambos. Durante a licença, a mãe estará à disposição de seu bebê para oferecer a este os cuidados e a proteção de que necessita. A partir de então, a mãe estreitará seus laços de afinidades com o bebê e passará a conhecer as preferências e hábitos deste.

Outro fator relevante é o estado lactante que a mãe passa a ter, declinando [sic] ao bebê maiores cuidados com amamentação, o que favorece o aspecto nutricional e imunológico (essenciais para o recém-nascido) e proporciona maior interação, originando bem-estar, segurança e afetividade [sic] ao bebê.<sup>138</sup>

Do ponto de vista da mãe, a possibilidade de estar junto ao seu bebê é uma forma de poupá-la, ao menos durante os primeiros meses de vida da criança, dos sentimentos de abandono e de culpa que acometem muitas mães que trabalham fora e passam parte do dia longe de seus filhos. Assim, ela terá serenidade suficiente para acompanhar a pequena criança às consultas com o pediatra, aos exames de rotina, etc.

Dessa forma, conclui-se que a licença-maternidade para a gestante (mãe biológica) é importante sob vários aspectos: confere-lhe um período para que se recupere física e emocionalmente dos desgastes naturais advindos da gravidez e do parto; possibilita-lhe a oportunidade de estar com o bebê durante seus primeiros meses de vida, afim de que se estabeleça entre ambos um elo de afetividade sólido e duradouro, importante para a relação mãe e filho e para o desenvolvimento

---

<sup>137</sup> ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas. **A Extensão da Licença-maternidade à Adotante em Face do Princípio da Igualdade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9928>>. Acesso em: 18 fev.08.

<sup>138</sup> **Gravidez & nascimento**. São Paulo. EDUSP. 2002.p.180 *apud* ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas, op.cit.

satisfatório da criança; dá à mãe a oportunidade de se adaptar às necessidades e hábitos que são peculiares a cada criança, tornando-a apta para cuidar dessa criança em particular e, por último, a referida licença garante à mãe equilíbrio emocional, uma vez que, ao menos durante o período em que estiver com o bebê, será poupada dos sentimentos de culpa e abandono em relação a este.

## 6.2 PARA A MÃE ADOTANTE

Inicialmente, convém lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro, ao determinar a igualdade de direitos entre filhos biológicos e filhos adotivos, vedando todos e quaisquer tipos de designações discriminatórias relativas à origem da filiação, atribuiu aos pais adotantes os mesmos direitos, obrigações e responsabilidades concernentes aos pais biológicos. Portanto as expectativas que se tem dos cuidados prestados pela mãe biológica não diferem das que existem em relação aos oferecidos pela mãe adotante.

A mãe adotante e a criança necessitam de um período de convivência, representado pela licença, para o estabelecimento e posterior fortalecimento do vínculo emocional-afetivo entre ambos, seja qual for a idade da criança, embora o objeto da análise limite-se à adoção de criança de até 1 (um) ano de idade. Donald W. Winnicott afirma que, ao longo da gestação, constata-se na mãe grávida “uma identificação cada vez maior com o seu filho”.<sup>139</sup> Assim, haja vista a ausência dessa fase para a adotante, o período inicial de convivência com a criança revela-se imprescindível. Todavia, alerta Paulo Luiz Netto Lôbo que, “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue”.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> WINNICOTT, Donald W. **A Família e o Desenvolvimento Individual**. 3. ed. São Paulo. Martins Fontes. 2005.p.21.

<sup>140</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 22 fev. 2008.

Além do estabelecimento e fortalecimento de vínculos, a licença-maternidade à mãe adotante proporciona a oportunidade de esta conhecer as necessidades do bebê, bem como de adaptar-se a elas. Arremata Donald W. Winnicott:

Pode-se dizer que, de início, a mãe deve adaptar-se de modo quase exato às necessidades de seu filho para que a personalidade infantil desenvolva-se sem distorções. Contudo dá-se à mãe cada vez mais a possibilidade de ser mal-sucedida nessa adaptação, e isso ocorre porque a mente e os processos intelectuais da criança tornam-se capazes de levar em conta e logo permitir certas falhas de adaptação. Nesse sentido, a mente alia-se à mãe e a alivia de parte de suas funções. Na criação de um filho, a mãe é dependente dos processos intelectuais deste, e são eles que aos poucos a tornam apta a readquirir sua vida própria.<sup>141</sup>

Tal qual a mãe biológica, a mãe adotante é a ponte por meio da qual a criança relaciona-se com a realidade externa. O sucesso dessa tarefa dependerá da adaptação da mãe às necessidades específicas do filho, que, como se verá adiante, poderá ter passado por experiências traumáticas anterior à adoção (por exemplo, a institucionalização). Leciona Donald W. Winnicott:

O mundo objetivamente percebido nunca é idêntico ao mundo concebido, ou visto subjetivamente. Este é um problema que aflige todos os seres humanos. Mas adaptando-se ativamente a seu bebê no início, a mãe superpõe a realidade externa sobre as concepções da criança [...]<sup>142</sup>

Embora a adotante não tenha passado pelo período de gestação, certamente enfrentou momentos de grande ansiedade e desgaste emocional até que a criança tão desejada chegasse em sua vida. Assim, o medo de perder a criança é uma realidade na vida daqueles que passaram por um demorado e desgastante processo de adoção. Segundo Marta Cristina Nunes de Almeida:

Ademais, quem já teve a oportunidade de lidar com os casais que adotam já deve ter ouvido o comovente relato de que costumam ter pesadelos, sonham que há alguém roubando o bebê e buscam do profissional responsável pelo processo uma palavra de conforto e uma garantia de que não vão perder o filho que acabaram de ganhar. Portanto, além das questões de fundamentação jurídica já salientada, há um componente emocional muito forte que necessita, também, ser encarado pelo operador do direito ao conduzir as decisões que envolvem a relação entre pais e criança adotada. Nesse particular, a licença-maternidade para quem adota uma criança tem uma importância fundamental porque, ao afastar-se das atividades laborativas, a mãe disporá de tempo para estar cuidando

---

<sup>141</sup> WINNICOTT, Donald W., op.cit., p.09.

<sup>142</sup> Ibid., p.39.



pessoalmente do filho, interagindo, produzindo estabilidade emocional para si, para o pai e para o filho.<sup>143</sup>

Conclui-se que a licença-maternidade para a mãe adotante é tão importante quanto para a mãe biológica, pois os mesmos cuidados que esta deverá dispensar ao seu bebê serão exigidos daquela. Por outro lado, deve-se priorizar a convivência entre mãe e filho, haja vista ser essa convivência o nascedouro da afetividade. Finalmente, a licença-maternidade garante à mãe adotante estabilidade emocional, seja pelo medo que tem de perder a criança, seja pelo sentimento de culpa e abandono que acometem as mães que trabalham fora e passam parte do dia longe do filho.

### 6.3 PARA A CRIANÇA

Nesse tópico será examinada a importância da convivência entre mãe e filho durante a primeira infância, fase em que se encontram os indivíduos entre zero a 3 (três) anos de idade. Todavia, tendo-se em vista a delimitação do objeto do estudo do trabalho que ora se desenvolve, o foco da análise será voltado à criança de zero a 1 (um) ano de idade.

Segundo o psicólogo americano Justin Pikunas, a primeira fase da infância se caracteriza por uma rápida sucessão do desenvolvimento nos aspectos fisiológicos e pelo ritmo acelerado do crescimento físico, especialmente no primeiro ano de vida.<sup>144</sup> Donald W. Winnicott, porém faz a seguinte observação:

No universo psicológico, há uma tendência ao desenvolvimento que é inata e que corresponde ao crescimento do corpo e ao desenvolvimento de certas funções. Assim como o bebê geralmente senta por volta dos cinco ou seis meses de idade e dá os primeiros passos na época de seu primeiro aniversário, quando talvez já terá aprendido a usar umas duas ou três palavras, assim também há um processo evolutivo no desenvolvimento emocional. **Todavia esse crescimento natural não se constata na ausência de condições suficientemente boas [...]**<sup>145</sup> (Sem grifo no original).

---

<sup>143</sup> ALMEIDA, Marta Cristina Nunes de. **Licença-maternidade de Adoção**. Disponível em: <<http://br.geocities.com/geadrecife/licenca.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2008.

<sup>144</sup> PIKUNAS, Justin, op.cit., p.149.

<sup>145</sup> WINNICOTT, Donald W., op.cit., p.05.

Assim, embora a tendência ao desenvolvimento do ser humano esteja pré-determinada por fatores biológicos que são próprios da espécie, as condições que são proporcionadas pelo meio e a exposição aos fatores ambientais serão decisivas para que o desenvolvimento do indivíduo seja, de fato, satisfatório. Arremata Mônica Rodrigues Cuneo, citando obra de Arnold Gesell e Donald W. Winnicott:

O termo maturação foi introduzido por Arnold Gesell, o qual o definiu como padrões de mudança seqüencial geneticamente programados. O desdobramento de funções filogeneticamente desenvolvidas emerge no curso embrionário e se desenvolvem após o nascimento. Assim, as alterações verificadas no tamanho e nas formas do corpo, as mudanças ósseas, musculares e hormonais, por exemplo, seguem um plano previamente montado e definido pelo código genético, estruturado pelo relógio biológico. Contudo Winnicott alerta que “a maturidade do ser humano é uma palavra que implica não somente crescimento pessoal, mas também socialização”.<sup>146</sup>

O nascimento é um acontecimento traumático para o indivíduo. Traumático no sentido de representar uma mudança brusca de ambiente, pois, no início de sua vida, após esse evento, a criança deverá se ajustar às situações variáveis encontradas fora do útero materno. Acrescenta Justin Pikunas:

A imensa estimulação da pele e das profundas regiões do corpo, produzidas pela contração dos músculos do útero, ajuda a ativar o sistema respiratório, bem como os tratos gastrointestinal e genito-urinário. Estas são as funções vitais que o recém-nascido precisa ser capaz de controlar. [...] O desenvolvimento fisiológico antes do nascimento lançou um fundamento satisfatório para os processos vitais, mas, mesmo assim, durante vários dias, senão semanas ou meses, sua organização interna permanece precária. O equilíbrio funcional é prontamente perturbado – a temperatura pode elevar-se e a composição do sangue altera-se sem razão aparente. O desconforto no aparelho digestivo – indigestão e cólicas – se encontra entre as principais causas do choro excessivo do neonato.<sup>147</sup>

A criança, pois, necessita de cuidados e atenções especiais em seus primeiros meses de vida, para que possa ajustar-se às novas condições ambientais que se lhe apresentam, assim como para superar sérias dificuldades que podem surgir ao longo desse processo. A pessoa mais sensível às necessidades da criança durante essa fase é a mãe, seja qual for o vínculo de filiação.

---

<sup>146</sup> CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento Prolongado: Os Filhos do Esquecimento, A Institucionalização Prolongada de Crianças e as Marcas que Ficam**. Disponível em: <[http://jij.tj.rs.gov.br/jij\\_site/jij\\_site.home](http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/jij_site.home)>. Acesso em: 07 mai. 2007.

<sup>147</sup> PIKUNAS, Justin, op.cit., p.149-150.

As relações recíprocas entre mãe e filho asseguram não só a sobrevivência da criança como contribuem significativamente para o desenvolvimento dos setores psíquicos e somáticos da personalidade. Esse intercâmbio de mão dupla, associado a um ambiente facilitador, fortalece o processo maturacional e assegura uma vida futura saudável. Ao adulto cabe viabilizar um ambiente de facilitação para a maturação cada vez maior da criança, de acordo com as transformações desta ao longo do curso do ciclo vital. Nos estágios iniciais e ao longo da vida, a maturação é uma questão de integração.<sup>148</sup>

Não se pode esquecer que o bebê é um ser social dotado de emoções desde seus primeiros dias de vida. A qualidade dos relacionamentos sociais e das emoções daí advindas são fatores determinantes para a qualidade de seu desenvolvimento. Nessa mesma linha, leciona Donald W. Winnicott:

Se o apoio do ego da mãe não existe, ou é fraco, ou intermitente, a criança não consegue desenvolver-se numa trilha pessoal; o desenvolvimento passa então, como já disse, a estar mais relacionado com uma sucessão de reações a colapsos ambientais do que com as urgências internas e fatores genéticos. Os bebês bem cuidados rapidamente estabelecem-se como pessoas, cada um deles diferente de todos os outros que já existiram ou existirão, ao passo que os bebês que recebem apoio egóico inadequado ou patológico tendem a apresentar padrões de comportamento semelhantes (inquietação, estranhamento, apatia, inibição, complacência).<sup>149</sup>

Percebe-se, desse modo, que os cuidados que a mãe oferece ao bebê, bem como a qualidade deles, são essenciais para o desenvolvimento da criança em seu primeiro ano de vida. Por isso é importante que à mãe trabalhadora seja concedido um período de licença razoável para que possa prestar a assistência de que necessita toda a criança, seja esta filho biológico ou adotivo.

Existe, entretanto, a errônea concepção de que a duração da licença-maternidade conferida à mãe biológica tenha por principal motivação o aleitamento materno. Por isso pode surgir a seguinte indagação por parte do magistrado, ao analisar o caso concreto: por que estender à mãe adotante o mesmo período de licença conferido à mãe biológica se aquela não será capaz de amamentar o bebê?

Ora, pensar que o legislador tivesse como especial motivo a amamentação para estabelecer o período de duração da licença-maternidade à mãe biológica é um equívoco, pois se sabe que nem toda mulher produz leite para alimentar o seu bebê. Não é, portanto, razoável utilizar-se do critério “aleitamento materno” para

---

<sup>148</sup> CUNEO, Mônica Rodrigues, op.cit. p.21.

<sup>149</sup> Op. cit., p. 24-25.

fundamentar decisões que não estende o referido direito, pelo prazo em questão, à mãe adotante. Assim, depreende-se que o objeto do benefício é dirigido, em especial, à convivência entre mãe e filho. Justin Pikunas, em citação à obra de Odenwald:

Odenwald considera os períodos de alimentação como os momentos mais importantes da vida da criança. Isso ajuda a satisfazer o anseio de sugar e oferece prazer e satisfação emocional tanto para o bebê como para a mãe. **Esta, com o bebê em seus braços enquanto ele mama, seja no seio ou na mamadeira, proporciona contato corporal do qual deriva o senso de segurança de que todo recém-nascido carece.**<sup>150</sup> (Sem grifo no original).

Desse modo, a convivência entre mãe e filho é necessária para a satisfação das necessidades físicas do bebê e, principalmente, de suas necessidades emocionais. A satisfação daquelas é, conforme se depreende da citação acima, um meio para satisfação de parte das necessidades emocionais da criança. Segundo Justin Pikunas, é durante a primeira infância, em especial nos primeiros momentos dessa fase, “que são lançados os fundamentos para a diferenciação comportamental ulterior na maioria dos aspectos da personalidade – é quando o tecido fundamental do crescimento é urdido para a vida toda”.<sup>151</sup> Arremata Donald D. Winnicott:

Cada indivíduo surge, desenvolve-se e torna-se maduro; não se pode considerar a maturidade adulta como algo separado do desenvolvimento anterior. Este desenvolvimento é extremamente complexo, e ocorre de contínuo desde o nascimento, ou desde antes, até a velhice, passando pela idade adulta. Não podemos relegar nada a segundo plano – nem as ocorrências da infância e nem mesmo da primeiríssima infância.<sup>152</sup>

Antes de dar prosseguimento à análise do assunto que ora se desdobra, é necessário que se faça a observação a seguir.

A Constituição Federal de 1988, ao inserir a Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro e ao consagrar em seu texto os princípios que regem o direito da criança e do adolescente, fê-lo com dois objetivos: o primeiro diz respeito à garantia de fruição de direitos por essa parcela da população; o segundo, para que esses indivíduos possam desenvolver-se de forma plena em condições de liberdade

---

<sup>150</sup> ODENWALD, R. P. **Your Child's World From Infancy Through Adolescence**. Nova York. Random House. 1958. p. 16-17 *apud* PIKUNAS, Justin, op.cit., p.152.

<sup>151</sup> PIKUNAS, Justin, op.cit., p.165.

<sup>152</sup> WINNICOTT, Donald W., op. cit., p.30.

e dignidade. O direito positivo objetiva, dentre outros aspectos, tutelar a personalidade (ainda em formação) da população infanto-juvenil.

O Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei n.º 10.406/2002), em seu art. 2.º, considera que a personalidade civil da pessoa tem início a partir de seu nascimento com vida, assegurando, entretanto, desde a concepção, os direitos do nascituro. Enfim, a personalidade em seu sentido jurídico é a “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”.<sup>153</sup> Segundo brilhante ensinamento de Goffredo Telles Junior:

A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.<sup>154</sup>

Desse modo, embora toda pessoa seja dotada de personalidade jurídica, desde que venha a nascer com vida, é necessário que a sua personalidade humana desenvolva-se de forma satisfatória para que possa exercer todos os direitos que da sua personalidade civil irradiam. Arremata Martha de Toledo Machado:

Por outras palavras, não há **direitos da personalidade** em sua plenitude sem a preexistência da **personalidade humana formada como tal**. Por isso é que, sustento, pode-se afirmar, ao menos sob uma ótica principiológica ou conceitual, que a **possibilidade de formar a personalidade humana adulta** – que é exatamente o que estão fazendo crianças e adolescentes pelo simples fato de crescerem até a condição de adultos – há de ser reconhecida como **direito fundamental** do ser humano, porque sem ela nem poderiam ser os demais **direitos da personalidade adulta**, ou a **própria personalidade adulta**.<sup>155</sup> (Grifo no original).

Feitas essas considerações, prossegue-se na análise do assunto do tópico. Pediatras e psicólogos afirmam que o nascimento psicológico da criança é um processo complexo e que exige fatores ambientais favoráveis. Nascimento psicológico do indivíduo significa dizer que a criança vai se tornando, aos poucos, física e emocionalmente, independente de sua mãe. Segundo Margareth S. Mahler “o nascimento biológico do homem e o nascimento psicológico do indivíduo não

<sup>153</sup> PEREIRA, Caio M. da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro. Forense. 1976.p. 198 *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19 ed. São Paulo. Saraiva. 2002. v.I: Teoria geral do direito civil.p. 116.

<sup>154</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito Subjetivo – I**. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. V. 28. p.315. *apud* DINIZ, Maria Helena, op.cit. p.119.

<sup>155</sup> MACHADO, Martha de Toledo, op.cit., p.110.

coincidem no tempo. O primeiro é um evento bem delimitado, dramático e observável; o último, um processo intrapsíquico de lento desdobrar”.<sup>156</sup> Nesse sentido, observa Donald D. Winnicott:

Desde o início é possível a um observador perceber que a criança já é um ser humano, uma unidade. Com um ano, a maioria das crianças já adquiriu de fato o *status* de indivíduo. Em outras palavras, a personalidade já se tornou integrada. É claro que isto nem sempre é verdade, mas pode-se dizer que, em certos momentos, ao longo de certos períodos e em certas relações, a criança de um ano é uma pessoa inteira. Mas a integração não é algo automático; é algo que deve desenvolver-se pouco a pouco em cada criança individual. Não é mera questão de fisiologia, pois para que seu processo se desenrole, há a necessidade de certas condições ambientais, a saber: aquelas cujo melhor provisor é a própria mãe da criança.<sup>157</sup>

Assim, conclui-se que os cuidados prestados ao bebê em seu primeiro ano de vida são de suma importância para que este possa ter sua personalidade integrada de forma definida, tornando-o capaz de se ajustar às condições de seu ambiente de forma independente da intermediação de sua mãe.

Nem toda criança é igual, por isso algumas de suas necessidades pessoais são peculiares. A licença-maternidade, portanto, é essencial para que a mãe possa conhecer as necessidades pessoais da criança e para que possa satisfazê-las a contento. Arremata Donald D. Winnicott:

É o ambiente circundante que torna possível o crescimento de cada criança; sem uma confiabilidade [*sic*] ambiental mínima, o crescimento pessoal da criança não pode desenrolar-se, ou desenrola-se com distorções. Ademais, por não haver duas crianças rigorosamente idênticas, requer-se de nós que nos adaptemos de modo específico às necessidades de cada uma. Isso significa que todo aquele que cuida de uma criança deve conhecê-la e trabalhar com base numa relação viva e pessoal com o objeto de seus cuidados [...] Basta estarmos sempre presentes, e sermos coerentemente iguais a nós mesmos, para proporcionarmos uma estabilidade que não é rígida, mas viva e humana, com a qual o bebê já pode sentir-se seguro. É em relação a isso que o bebê cresce, é isso que ele absorve e copia.<sup>158</sup>

No que diz respeito ao bebê adotado, a licença em questão torna-se imprescindível, haja vista a realidade enfrentada por algumas crianças em período anterior à adoção. Mônica Rodrigues Cuneo, acerca da obra de René Spitz, disserta:

---

<sup>156</sup> MAHLER, Margaret S. **O Nascimento Psicológico da Criança. Simbiose e Individuação**. 2.ed. Artmed. Porto Alegre. 2002.p.15. *apud* CUNEO, Mônica Rodrigues, op.cit., p. 21-22.

<sup>157</sup> WINNICOTT, Donald D., op. cit., p. 6-7.

<sup>158</sup> *Ibidem*. p. 45.

O psicanalista René Spitz também estudou as relações vinculares e a formação do apego. Em suas pesquisas realizadas junto a um orfanato, Spitz (1945) observou que os bebês institucionalizados que eram alimentados e vestidos, mas não recebiam afeto, nem eram segurados no colo ou embalados, apresentavam dificuldades no seu desenvolvimento físico, faltava-lhes apetite, perdiam peso, sofriam de insônia, tinham grande suscetibilidade a resfriados intermitentes, desenvolviam sentimentos de abandono e embotamento afetivo e, com o tempo, perdiam o interesse por se relacionar. Tais reações orgânicas e emocionais, tanto de ordem somática quanto psicológica apresentadas pelos bebês, os quais não raro atingiam o óbito, desenvolveram-se em razão da progressiva deterioração da sua saúde física e mental ocasionadas pela ausência dos pais e privação de afeto. À privação afetiva parcial, Spitz denominou síndrome de depressão anaclítica; à privação afetiva total, síndrome de hospitalismo.<sup>159</sup>

Percebe-se que o bebê adotado necessita de atenções especialíssimas, sobretudo se passou seus primeiros dias em uma instituição. Sabe-se que por mais bem intencionados e atenciosos que sejam os funcionários de uma instituição que abriga crianças, não há possibilidade de elas receberem atenções individualizadas e personalizadas. Leciona Donald W. Winnicott:

A qualidade da assistência recebida nos estágios iniciais do desenvolvimento infantil dota a criança de confiança em relação ao mundo e às pessoas, da mesma forma que experiências traumáticas nesta etapa podem desorganizar sua vida de forma severa, ao incutirem na memória latente do indivíduo em formação o registro da introjeção de desprazer causada por um desastre ambiental, **não corrigido no tempo devido**, com o seu eu.<sup>160</sup> (Sem grifo no original).

Infere-se do texto acima que, embora o bebê não tenha recebido a atenção adequada enquanto permaneceu institucionalizado, as experiências traumáticas vividas por ele podem ser superadas, caso sejam corrigidas no tempo oportuno. Para isso, faz-se extremamente necessário que à mãe adotante servidora pública seja estendido o direito à licença-maternidade pelo mesmo período concedido à mãe biológica, a fim de que essa criança possa desenvolver-se satisfatoriamente. Nas palavras de Mônica Rodrigues Cuneo:

O atraso no desenvolvimento do apego indica que a criança, por alguma razão, experimentou muito menos estimulação social de uma figura materna, como é o caso das que são criadas em instituições, devido à forma impessoal dos cuidados que geralmente lhe são dispensados. A qualidade da interação social entre a figura materna e a criança possibilita o

---

<sup>159</sup> SPITZ, René A. **O Primeiro Ano de Vida**. 2.ed. São Paulo. Martins Fontes. 2000. p.282 *apud* CUNEO, Mônica Rodrigues, op.cit, p. 22.

<sup>160</sup> WINNICOTT, Donald W. **Os Bebês e suas Mães**. 2.ed. São Paulo. Martins Fontes. 2002.p. 54 *apud* CUNEO, Mônica Rodrigues, op.cit., p.23.

rápido desenvolvimento por parte desta do apego discriminado, ao passo que, sem a devida estimulação, todo esse processo torna-se muito mais lento. A experiência de uma criança junto a uma figura de apego que a estimule, seja cooperativa e a apóie auxilia significativamente o indivíduo a construir um modelo favorável para formar futuros relacionamentos, além de promover seu senso de confiança e competência.

No curso de um desenvolvimento sadio, o comportamento de apego conduz ao desenvolvimento de laços afetivos, inicialmente entre a criança e a figura materna e, posteriormente, entre adulto e adulto. A partir da dependência [sic] nos primeiros meses, a formação de um apego seguro conduz à independência posterior rumo à liberdade...<sup>161</sup>

Outros aspectos acerca da importância da licença-maternidade para a criança poderiam ser abordados, porém, em virtude da natureza do presente trabalho, diante do que foi exposto, restou demonstrada a relevância do referido direito.

Voltando-se à esfera jurídica, percebe-se que o direito à licença-maternidade, visto sob a ótica da criança, está visceralmente ligado à concretização de direitos individuais fundamentais e especiais que a ela confere o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista serem os cuidados prestados pela mãe, na primeira fase da vida da criança, imprescindíveis para que se desenvolva de forma saudável.

Negar à mãe adotante servidora pública a concessão da referida licença pelo mesmo período concedido à mãe biológica é, ao mesmo tempo, privar a criança do direito à convivência familiar e, conseqüentemente, o direito de desenvolver-se de forma plena e em condições de dignidade. Assim, observa-se que há flagrante e direta afronta à Constituição Federal e aos seus princípios, em especial ao princípio da dignidade humana (sustentáculo do ordenamento jurídico brasileiro), da igualdade e de todos aqueles que norteiam o Direito da Criança e do Adolescente.

---

<sup>161</sup> CUNEO, Mônica Rodrigues, op.cit., p.25.



## **7. A LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE ADOTANTE NOS REGIMES JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

Apresentar-se-á, no presente capítulo, o estudo pormenorizado dos estatutos jurídico-administrativos dos servidores públicos da União, de 24 (vinte e quatro) Estados da Federação e do Distrito Federal, bem como dos servidores públicos do município de Porto Velho e de Cacoal. Esclarece-se, todavia, que o objeto a ser analisado restringe-se ao tema licença-maternidade à servidora gestante e à servidora adotante, dando-se destaque ao direito titularizado por esta.

Em seguida, será relatado o entendimento dos tribunais e juízos de primeiro grau a respeito da extensão do direito à licença-maternidade à servidora mãe adotante nos termos em que estabelece o inciso XVIII do art. 7.º da Constituição Federal.

## 7.1 LEGISLAÇÕES DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

No capítulo 3, após breve análise do conceito de licença-maternidade, que consiste em um direito social constitucional, explanou-se acerca da luta pela extensão do mesmo à trabalhadora adotante submetida ao regime jurídico celetista. Assim, em razão da impropriedade do legislador constitucional ao usar a expressão “licença à gestante” , quando da redação do inciso XVIII do art. 7.º da Lei Magna, bem como pela falta de expressa disposição legal concedendo o benefício à mãe adotante, estabeleceu-se uma série de distinções entre esta e a mãe biológica.

Como consequência, observou-se o ajuizamento de diversas ações cujo objeto era a concessão do referido direito à trabalhadora que adotasse uma criança. O entendimento jurisprudencial acerca do assunto não era unânime, gerando decisões contraditórias. Por fim, o impasse foi definitivamente resolvido com o advento da Lei n.º 10.421/2002 que alterou a redação do art. 392 e acrescentou o art. 392-A à Consolidação das Leis do Trabalho. Dessa forma, as trabalhadoras submetidas à legislação celetista passaram a ser titulares do direito à licença-maternidade, em caso de adoção ou de guarda judicial de crianças até 08 (oito) anos de idade.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame da condição em que se encontram as mães adotantes servidoras públicas em face dos regimes jurídico-administrativos a que estão submetidas. Para a análise do assunto desse tópico, fez-se o uso das seguintes legislações: Lei n.º 8.112, de 11/12/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais; leis que versam sobre o estatuto de servidores públicos de 24 Estados da Federação e Distrito Federal e estatuto dos servidores públicos dos municípios de Porto Velho e de Cacoal.

Em primeiro plano, observou-se que alguns Estados da Federação possuem legislações (dispondo sobre os regimes jurídicos de seus servidores) anteriores à Constituição de 1988. São eles o Estado do Amazonas (Lei n.º 1.762, de 17/11/86); do Ceará (Lei n.º 9.826, de 14/05/74); de Goiás (Lei n.º 10.460, de 22/02/88); de

Minas Gerais (Lei n.º 862, de 05/07/52); do Paraná (Lei n.º 6174, de 16/11/70); de Pernambuco (Lei n.º 6.123, de 20/07/68); do Rio de Janeiro (Decreto-lei n.º 220, de 18/06/75, alterado pela Lei n.º 800, de 20/11/84); de Santa Catarina (Lei n.º 6.745, de 28/12/85); de São Paulo (Lei n.º 10.261, de 28/10/68) e de Sergipe (Lei n.º 2.148, de 21/12/77).

Em seguida, constatou-se, ao longo da leitura das leis supracitadas, que algumas delas possuem dispositivos não recepcionados pela nova ordem constitucional, haja vista preverem licença à gestante com duração inferior a 120 (cento e vinte) dias, mencionados na Constituição Federal. Enquadram-se nessa situação as legislações dos Estados de Minas Gerais, Paraná, Pernambuco e Sergipe, cujos textos determinam que a licença tenha duração de três meses ou de 90 (noventa) dias (Pernambuco). Quanto ao regime jurídico-administrativo dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei n.º 220/75), determinou-se que a duração da licença à servidora gestante será de 4 (quatro) meses (art.19, inciso III, com redação dada pela Lei n.º 800, de 20/11/84).

Os Estados do Rio de Janeiro e de Sergipe possuem, em suas legislações, particularidades acerca da licença-maternidade à servidora pública adotante.

**Estado do Rio de Janeiro.** Foi promulgada, em 26/10/2001, a Lei Estadual de n.º 3.693, que concedeu o direito à licença aos servidores públicos que adotarem crianças. Merecem destaque os artigos da referida lei, os quais dispõem, *in verbis*:

Art. 1.º Fica concedida licença maternidade e paternidade aos servidores públicos estaduais que adotarem filhos.

Art. 2.º O servidor público estadual terá direito à licença maternidade e paternidade a partir da data da adoção.

Parágrafo único – **O prazo concedido ao servidor público estadual que adotar filhos será de 120 (cento e vinte) dias, no caso de licença maternidade, e de 5 (cinco) dias, no caso de licença paternidade.**

Art. 3.º Aos servidores públicos estaduais será concedida licença maternidade e paternidade sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens integrais.

Art. 4.º Será considerado como de efetivo exercício o afastamento por motivo de licença maternidade e paternidade. (Sem grifo no original).

Observa-se que o Estado do Rio de Janeiro confere tratamento isonômico entre pais biológicos e adotivos, estando a legislação supramencionada em

conformidade com os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, os quais já foram objeto de estudo no presente trabalho em capítulo próprio. Ressalte-se que a Lei n.º 3.693/2001 não condicionou a duração da licença à idade do adotando. Assim, para melhor compreensão da essência da norma, segue-se, *in verbis*, a justificativa do projeto da lei supramencionada (Projeto de Lei n.º 2.108/2001):

Este Projeto de Lei visa a conceder licença maternidade e licença paternidade aos Servidores Públicos Estaduais que adotarem filhos. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os filhos adotivos, até então tratados de forma diferenciada dos filhos naturais, equipararam-se a estes em toda a sua extensão, afastando, desta forma, quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Ora, se os filhos naturais e adotivos receberam, por disposição constitucional expressa, igualdade de tratamento, por que aos filhos adotivos não é assegurado o direito a um período de convivência com seus pais adotivos? A licença maternidade e a licença paternidade devem ser concedidas aos pais adotivos, já que estes, assim como os pais naturais, necessitam de tempo para adaptar-se à nova condição familiar. Sendo assim, inexistente razão para não se estender aos servidores públicos estaduais que adotarem filhos o benefício da licença maternidade e paternidade, já contemplado aos pais naturais nos termos da legislação civil. Proponho, pois, que o presente Projeto de Lei assegure igualmente aos pais adotivos o direito à licença maternidade e à paternidade, já estabelecido aos pais naturais, assegurando-lhes plena convivência familiar.<sup>162</sup>

Por fim, merece destaque a Constituição de Sergipe pelo fato de assegurar à servidora que adotar criança de até doze meses de idade licença-maternidade com a mesma duração da licença concedida à servidora gestante. Assim, a referida constituição prescreve por meio de seu art. 29, *caput*, e inciso XI, *in verbis*:

Art. 29. É assegurado ao servidor público: [...]  
(*omissis*).

XI – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, inclusive para os casos de adoção de crianças com idade abaixo de doze meses;

Embora a matéria acima deva ser tratada em lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, por força do art. 61, *caput*, § 1.º, II, c, da Constituição Federal, não houve nenhuma ação impugnando a constitucionalidade do art. 29, XI, da CE de Sergipe.

---

<sup>162</sup> Disponível em:

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro99.nsf/dae85f46f020c57003256bc60068cf57/034d0a15b9c7701803256a240060e40d?OpenDocument>>. Acesso em: 07 fev. 2008.

Passa-se agora ao estudo das legislações pós-Constituição de 1988. A Lei n.º 8.112, de 11/12/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais, trata do direito licença-maternidade usando duas terminologias: licença à gestante, com duração de 120 (cento e vinte) dias e licença à adotante, com duração de 90 (noventa) dias, quando o adotando tiver até 1 (um) ano de idade ou de 30 (trinta) dias, caso a criança adotada tenha mais de 1 (um) ano. Ressalte-se que a mesma observação aplica-se aos servidores públicos civis do Distrito Federal, por força do que dispõe a Lei n.º 197, de 04/12/1991, em seu art. 5.º, *in verbis*:

Art. 5.º A partir de 1.º de janeiro de 1992, aos servidores da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Distrito Federal aplicar-se-ão, no que couber, as disposições da Lei Federal n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e legislação complementar, até a aprovação do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Distrito Federal pela Câmara Legislativa.

Nos mesmos termos da lei que regulamenta o regime jurídico dos servidores públicos federais, no que se refere à licença à gestante e à adotante, dispõem os estatutos dos servidores dos Estados do Amapá (Lei n.º 66, de 03/05/93), do Espírito Santo (Lei Complementar n.º 46, de 31/01/94), do Maranhão (Lei n.º 6.107, de 27/07/94), do Mato Grosso (Lei n.º 04, de 15/10/90), do Pará (Lei n.º 5.810, de 24/01/94), da Paraíba (Lei Complementar n.º 58, de 30/12/2003), do Piauí (Lei Complementar n.º 13, de 03/01/94) e do Rio Grande do Norte (Lei Complementar n.º 122, de 30/06/94). Antes de dar prosseguimento ao assunto, é oportuno fazer uma breve análise da Constituição do Estado do Pará, acerca do assunto licença-maternidade e licença à adotante, paralelamente ao estatuto dos servidores desse Estado.

Com a mesma redação dada quando de sua promulgação, a Constituição do Estado do Pará, de 05/10/ 89, dispõe em seu art. 31, *caput*, e inciso XII, *in verbis*:

Art. 31. O Estado e os Municípios asseguram aos servidores públicos civis, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, os seguintes direitos: [...]  
(*omissis*)

XII – **licença à gestante, ou à mãe adotiva de criança de até oito meses de idade, sem prejuízo da remuneração e vantagens, com duração de cento e vinte dias;** (Sem grifo no original).

Observa-se, pois, que a norma em epígrafe garantiu à mãe adotante servidora pública estadual o direito à licença com duração de 120 (cento e vinte) dias, caso o adotando tenha até 8 (oito) meses de idade. De forma diversa determina a Lei n.º 5.810, de 24/01/94, que dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará. A referida lei prescreve em seu art. 90 que “à servidora que **adotar** ou obtiver a guarda judicial de **criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada**”. Pergunta-se: a servidora que adotar criança de até oito meses de idade faz jus à licença com duração de 120 (cento e vinte) dias, conforme prevê a Constituição Estadual, ou lhe será concedida licença de 90 (noventa) dias, consoante determina o estatuto ao qual está submetida?

Para melhor responder a questão acima formulada, buscou-se respaldo na teoria de Hans Kelsen, no ponto em que versa sobre a hierarquia de normas no ordenamento jurídico. Assim, conforme leciona Arianna Stagni Guimarães:

Hans Kelsen, na obra *Teoria Pura do Direito*, ensinou que o ordenamento jurídico é uma construção escalonada de várias camadas de normas, e não um conjunto de normas jurídicas dispostas no mesmo plano. [...] Se a Constituição encontra-se no ápice do sistema jurídico, as normas infraconstitucionais encontram-se subordinadas ao texto fundamental, e, portanto, essas normas devem sempre observar o disposto na Constituição. Nesse sentido, afirma Celso Ribeiro Bastos: “Estar juridicamente subordinada implica que uma determinada norma prevalece sobre a inferior em qualquer caso em que com ela conflite”.<sup>163</sup>

Conforme ensinamento de Hans Kelsen, deve prevalecer a norma constitucional por ser ela hierarquicamente superior à lei infraconstitucional. Ocorre que, no caso da Constituição Estadual do Pará, o dispositivo que trata da licença-maternidade à mãe adotante padece de vício de inconstitucionalidade formal subjetiva, afrontando diretamente o que a Constituição da República dispõe em seu art. 61, *caput*, § 1º, II, c, *in verbis*:

---

<sup>163</sup> GUIMARÃES, Arianna Stagni, op.cit., p.44.

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º **São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:** *(omissis)*.

II – **disponham sobre:** [...]

*(omissis)*.

c) **servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria.** (Sem grifo no original).

Nota-se que a Constituição do Estado do Pará, em desrespeito aos dispositivos supracitados, tratou de matéria cuja lei é de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo. Eis o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão:

**As regras básicas do processo legislativo federal são de absorção compulsória pelos Estados-Membros em tudo aquilo que diga respeito – como ocorre às que enumeram casos de iniciativa legislativa reservada – ao princípio fundamental de independência e harmonia dos poderes, como delineado na Constituição da República.**

Essa orientação, malgrado circunscrita em princípio ao regime dos poderes constituídos do Estado-Membro, é de aplicar-se em termos ao poder constituinte local, quando seu trato, na **Constituição estadual traduza fraude ou obstrução antecipada ao jogo, na legislação ordinária, das regras básicas do processo legislativo, a exemplo da área de iniciativa reservada ao Executivo ou ao Judiciário:** é o que se dá quando se eleva ao nível constitucional do Estado-Membro assuntos miúdos do regime jurídico dos servidores públicos, sem correspondência no modelo constitucional federal, como sucede, na espécie, com a equiparação em vencimentos e vantagens dos membros de uma carreira - a dos Procuradores Autárquicos – aos de outra – a dos Procuradores do Estado: é matéria atinente ao regime jurídico de servidores públicos, a ser tratada por lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1.º, II, c).<sup>164</sup> (Sem grifo no original).

Dessa forma, prevalece o que determina o estatuto dos servidores públicos do Estado do Pará acerca da duração da licença-maternidade para servidora adotante de criança com até 1 (um) ano de idade: **90 (noventa)** dias.

A análise das legislações dos demais Estados será feita separadamente, haja vista as particularidades de cada uma delas.

---

<sup>164</sup> A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO on-line. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/>>. Acesso em: 20 out. 2007.

**Estado do Acre.** A Lei Complementar n.º 39, de 29/12/93, que dispõe sobre o Estatuto dos servidores públicos civis do Estado do Acre, das Autarquias e das Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, ao tratar do direito à licença-maternidade, fê-lo da mesma forma que a legislação federal, utilizando a terminologia “licença à gestante” e “licença à adotante”. Porém a particularidade da legislação acreana reside no fato de ter estabelecido que a concessão da licença será pelo período de 90 (noventa) dias quando a servidora adotar ou obtiver guarda judicial de **criança de até 5 (cinco) anos**. Porém, a referida lei silencia acerca do direito à licença quando o adotando for criança de mais de 5 (cinco) anos.

**Estado de Alagoas.** O estatuto dos servidores públicos do Estado de Alagoas, disciplinado pela Lei n.º 5.247, de 26/07/91, tratou de forma expressa acerca da licença à adotante. Dispõem, respectivamente, os artigos 216 e 219, *in verbis*:

Art. 216. Será concedida à servidora gestante, por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração, a contar da data do parto. [...] *(omissis)*

Art. 219. A servidora que adotar ou obtiver guarda judicial da criança de idade inferior a 30 (trinta) dias, fará igualmente jus à licença na forma do que dispõe o Art. 216.

Observa-se, pois, que o legislador alagoano, ao versar sobre a matéria, achou por bem garantir tratamento isonômico entre a mãe biológica e a servidora que adotar ou obtiver a guarda judicial de criança recém-nascida, assim classificada aquela com idade de zero a 28 (vinte e oito) dias.

**Estado da Bahia.** A legislação do Estado da Bahia (Lei n.º 6.677, de 26/09/94), por sua vez, foi além do estatuto dos servidores do Estado de Alagoas, concedendo à mãe adotante 120 (cento e vinte) dias de licença se a criança tiver até 1 (um) ano de idade. Dispõem o art. 157 e seu parágrafo único, *in verbis*:

Art. 157. **À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança de até 1 (um) ano de idade serão concedidos 120 (cento e vinte) dias de licença**, para ajustamento do menor, a contar da data em que este chegar ao novo lar.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias. (Sem grifo no original).



Da leitura do artigo supra infere-se que o regime jurídico-administrativo dos servidores públicos do Estado da Bahia, no que concerne ao direito à licença-maternidade à servidora adotante, coaduna-se com os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, bem como ao que prescrevem os princípios informadores do direito da criança e do adolescente, insertos na Lei Magna.

**Mato Grosso do Sul.** Quanto ao regime-jurídico administrativo dos servidores do Estado do Mato Grosso do Sul, merecem destaque três legislações: a Lei n.º 3.310, de 14/12/2006, que dispõe sobre o estatuto dos servidores públicos do poder judiciário; a Lei n.º 114, de 19/12/2005, que dispõe sobre as carreiras, os direitos e as obrigações dos membros da Polícia Civil do Estado do Mato Grosso do Sul, e a Lei n.º 1.309, de 04/11/92, que trata do regime jurídico-administrativo dos servidores do Poder Legislativo.

No que diz respeito à licença-maternidade à servidora gestante, as três legislações estabelecem 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração. Passa-se a analisar o que as referidas leis dispõem acerca da licença concedida à servidora pública que adotar criança.

O estatuto dos servidores públicos do Poder Judiciário, alterado pela Lei n.º 3.398, de 19/07/2007, determina em seu art. 127, § 5.º e incisos, *in verbis*:

Art. 127. (omissis)

§ 5.º À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança para fins de adoção, devidamente comprovado, ser-lhe-á concedida a licença maternidade, sem prejuízo de sua remuneração, pelos seguintes períodos

I – **cento e vinte dias, se a criança tiver até um ano de idade;**

II – sessenta dias, se a criança tiver entre um e quatro anos de idade;

III – trinta dias, se a criança tiver de quatro a oito anos de idade. (Sem grifo no original).

Já a lei que disciplina os direitos e obrigações dos membros da Polícia Civil estabelece em seu art. 117, *caput* e incisos, *in verbis*:

Art. 117. A licença à adotante será concedida à policial civil que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança:

I – **até um ano de idade, por cento e vinte dias;**

II – entre um e quatro anos de idade, por sessenta dias;

III – de quatro a oito anos de idade, por trinta dias. (Sem grifo no original).

Por fim, prescreve o estatuto dos funcionários do Poder Legislativo, Lei n.º 1.309, de 04/11/1992, em seu art. 136, *in verbis*, cuja redação foi dada pela Lei n.º 3.473, de 10/12/2007:

Art. 136. **Será concedida, pelo prazo de cento e vinte dias**, licença com remuneração, na forma definida pelo regime próprio de previdência social dos servidores públicos do Estado de Mato Grosso do Sul, **à servidora gestante ou que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança**, mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. (Sem grifo no original).

Assim, às legislações acima analisadas aplicam-se as mesmas observações pertinentes à legislação do Estado da Bahia, quanto à obediência aos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, bem como ao que prescrevem os princípios informadores do direito da criança e do adolescente, insertos na Lei Magna.

**Rio Grande do Sul.** O estatuto dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul é regulamentado pela Lei Complementar n.º 10.098, de 03/02/94. No que concerne à licença-maternidade à servidora adotante, dispõe a lei em seu art. 143, *caput*, e incisos, *in verbis*:

Art. 143. **À servidora adotante será concedida licença a partir da concessão do termo de guarda ou da adoção, proporcional à idade do adotado:**

**I – de zero a dois anos, 120 (cento e vinte) dias;**

II – de mais de dois até quatro anos, 90 (noventa) dias;

III – de mais de quatro até seis anos, 60 (sessenta) dias;

IV – de mais de seis anos, desde que menor, 30 (trinta) dias. (Sem grifo no original).

O referido estatuto encontra-se, pois, em conformidade com os princípios emanados da Constituição da República, bem como com os princípios norteadores do direito da criança e do adolescente.

**Estado de Roraima.** O regime jurídico-administrativo dos servidores públicos estaduais (Lei Complementar n.º 10, de 30/12/94), ao tratar dos referidos direitos nos artigos 123 e 125, utilizou a mesma redação empregada no estatuto dos servidores do Estado do Rio Grande do Sul, dispensando maiores comentários.

**Estado de Rondônia.** O regime jurídico-administrativo dos servidores públicos do Estado de Rondônia, disciplinado pela Lei Complementar n.º 68, de 09/12/92, previa em seus artigos 251 e 253, respectivamente, o direito à licença às servidoras gestantes e adotantes, à imagem e semelhança do estatuto dos servidores públicos federais. Ocorre que, com o início da vigência da Lei Complementar n.º 228, de 10/01/2000, revogaram-se os artigos 229 ao 257 da Lei Complementar 68/92, dentre os quais se encontravam os artigos que regulamentavam o direito às licenças em análise. Assim, a legislação dos servidores do Estado de Rondônia deixou de prever o direito à licença à servidora adotante, prevalecendo, para todos os efeitos, o que dispõe o inciso XVIII do art. 7.º da Constituição Federal, no que se refere à servidora gestante.

A Lei Complementar n.º 228/2000, que dispõe sobre a criação do Sistema Próprio de Previdência Social dos servidores públicos civis e militares, ativos e inativos e dos pensionistas do Estado de Rondônia, representou um verdadeiro retrocesso legislativo ao revogar os dispositivos que tratavam de benefícios previdenciários, bem como de outros direitos dos servidores, em especial a concessão da licença à adotante. Observa-se, ao longo da leitura da lei, que a preocupação do legislador foi reduzir os gastos da previdência social em detrimento de direitos que estão diretamente relacionados com o bem-estar do servidor público e de sua família.

Diante desse quadro, depreende-se que restou somente o direito à licença-maternidade à mãe biológica, decorrente, em princípio, do que dispõe a Constituição da República.

Em 28/06/2004, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, em análise de recurso referente a indeferimento de pedido de concessão de salário e licença-maternidade à servidora pública adotante, entendeu que “contraria fundamentos constitucionais do tratamento igualitário e da convivência familiar negar concessão de licença à adotante, cuja previsão encontra-se em leis federais de benefícios”.<sup>165</sup> Desse modo, a concessão da licença à adotante, servidora pública do Estado de

---

<sup>165</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/cj/jsp/display-acordao.jsp?documento=0&processo=20000020040026361>>. Acesso em: 29 jan. 2008.

Rondônia, é concedida por meio da via judicial, haja vista a falta de expressa disposição legal acerca do referido direito.

A Emenda n.º 46, de 22/12/2006, que acrescentou o § 12 ao art. 20 da Constituição do Estado de Rondônia, assegurou à servidora pública o direito à licença-maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias. O legislador constitucional inovou ao utilizar a terminologia “licença-maternidade” em vez de “licença à gestante”. Assim, dispõem, *in verbis*, os dispositivos supramencionados:

Art. 20. Os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas terão regime jurídico único e planos de carreira estabelecidos em lei. [...]

(*omissis*).

§ 12. É assegurada às servidoras públicas estaduais da administração direta e indireta a licença-maternidade, sem prejuízo do cargo e remuneração, **com duração de 180 (cento e oitenta dias)**. (Sem grifo no original).

É importante ressaltar que algumas servidoras que se encontravam licenciadas quando do advento da Emenda de n.º 46/2006 impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, a fim de que lhes fossem concedidos 60 (sessenta) dias de prorrogação da referida licença, sem prejuízo do cargo e da remuneração. O Tribunal de Justiça entendeu que as servidoras em gozo da licença-maternidade no dia da publicação da referida emenda deveriam ter o respectivo período prorrogado por mais 60 dias para completar os 180 dias, haja vista a eficácia imediata do dispositivo constitucional em análise. Embora a matéria deva ser objeto de lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo, até então não houve nenhuma ação impugnando a constitucionalidade do dispositivo inserido na Constituição Estadual.

## 7.2 LEGISLAÇÕES DOS MUNICÍPIOS DE PORTO VELHO E DE CACOAL

Passa-se ao estudo da licença à servidora adotante nos estatutos dos servidores públicos de Porto Velho e de Cacoal. A escolha das referidas legislações municipais deu-se em virtude de ser Porto Velho a capital do Estado que sedia a

Instituição de Ensino Superior e por ser Cacoal o município que abriga o *campus* da mesma Instituição em que se fará a apresentação e avaliação do presente trabalho.

**Porto Velho.** A lei que dispõe sobre o estatuto dos servidores públicos municipais (Lei n.º 901, de 13/07/90) estabelece no *caput* de seu art. 142 que “à funcionária gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença de 120 (cento e vinte) dias, com vencimento integral”. Referida lei, porém, nada dispõe acerca da licença à adotante.

**Cacoal.** O regime jurídico-administrativo dos servidores públicos municipais de Cacoal, regulamentado pela Lei n.º 1.082/PMC/2000, de 29/06/2000, dispôs em seu art. 114 que “À servidora gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença de 120 (cento e vinte) dias, com percepção de remuneração com as vantagens legais”. No que se refere à licença concedida à adotante, dispõem o art. 116, *caput*, e seu parágrafo único, *in verbis*:

Art. 116. **À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança de até 1 (um) ano de idade serão concedidos 90 (noventa) dias** de licença remunerada, para ajustamento do adotado ao novo lar.  
Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias. (Sem grifo no original).

Percebe-se, portanto, que a legislação que regulamenta o estatuto dos servidores públicos do Município de Cacoal reproduziu o que dispõe a Lei n.º 8.112/90 acerca do direito em análise.

### 7.3 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA LICENÇA-MATERNIDADE À ADOTANTE SERVIDORA PÚBLICA EM FACE DO RESPECTIVO ESTATUTO

Após a análise das diversas legislações que versam sobre os regimes jurídico-administrativos de servidores públicos, nas três esferas de governo (federal, estadual e municipal), observou-se que algumas delas dispensam tratamento

diferenciado entre a mãe biológica e a servidora adotante de criança menor de 1 (um) ano de idade.

Algumas servidoras, inconformadas com a situação acima narrada, ajuizaram e ajuízam ações perante o Poder Judiciário, a fim de que lhes seja dado tratamento isonômico. O ordenamento jurídico vigente, ao mesmo tempo em que garante aos filhos adotivos os direitos e qualificações idênticas a dos filhos naturais, estabelece aos pais adotivos as mesmas obrigações e deveres para com aqueles.

Assim, tal qual ocorria antes do advento da Lei n.º 10.421/2002, que alterou a redação do art. 392 e acrescentou o art. 392-A à Consolidação das Leis do Trabalho, concedendo o direito à licença-maternidade à trabalhadora que adotar criança, o entendimento dos tribunais continua dividido. A controvérsia reside especificamente no período de duração da licença, quando o adotando for menor de 1 (um) ano de idade, já que, na esfera trabalhista, concede-se o mesmo período de licença tanto à mãe biológica quanto à adotante.

Diante do exposto, passa-se à análise dos fundamentos que embasam as decisões que versam sobre o direito supramencionado.

Eis os principais fundamentos utilizados pelos tribunais e juízos de primeiro grau que reconhecem à servidora pública que adotar criança menor de um ano o mesmo período de licença concedido à mãe biológica:

a) o art. 6.º, *caput*, da Lei Fundamental estabelece como um dos direitos sociais à proteção à maternidade e à infância;

b) por força do art. 40, § 12 da Constituição Federal aplicam-se aos servidores públicos, por analogia, os dispositivos da Lei n.º 8.212/91, lei que disciplina a seguridade social, especialmente no que pertine à duração da licença, bem como da percepção do salário-maternidade (art. 71);<sup>166</sup>

---

<sup>166</sup> Art. 71 – À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança

c) o art. 227, *caput*, determina, como um dos deveres da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente o direito, dentre vários, à convivência familiar. O § 6.º do mesmo artigo reconhece a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos havidos ou não do casamento ou por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação;

d) a referida licença tem como destinatário não apenas a mãe, mas a criança em especial, objetivando a convivência entre ambos a fim de que se estabeleçam laços-afetivos sólidos e duradouros. Da mesma forma que a mãe biológica que trabalha fora de casa precisa da licença-maternidade de 120 (de cento e vinte) dias para acompanhar mais de perto a evolução da criança nos seus primeiros meses de vida, criando os laços de afeto e amor fundamentais ao pleno desenvolvimento físico e psicológico do infante, à mãe adotante, com maior necessidade de adaptação à nova situação, deve ser estendida tal garantia;

e) o reconhecimento de prazos diferenciados de licença-maternidade à mãe biológica e à mãe adotante afronta os princípios albergados pelo ordenamento jurídico brasileiro: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da igualdade, bem como a doutrina e os princípios que regem o direito da criança, quais sejam, a doutrina da proteção integral, o Princípio da Prioridade Absoluta, dentre outros, todos insertos na Carta Magna;

Expõem-se, adiante, os principais fundamentos empregados pelos tribunais e juízos de primeiro grau, que não reconhecem à servidora pública adotante de criança menor de 1 (um) ano de idade, o mesmo período de licença usufruído pela mãe biológica. São eles:

a) Embora as licenças à gestante e à mãe adotante sejam também direcionadas à proteção da criança – não havendo neste ponto qualquer distinção – o direito tem como principais destinatárias a servidora gestante e a servidora adotante. Estas, por sua vez, não se encontram em situação fática idêntica, motivo

---

tiver até 1 (um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

pelo qual a previsão de prazos diversos para as licenças citadas não pode ser considerada ofensiva ao princípio da isonomia;

b) de acordo com a redação dada ao inciso XVIII do art. 7.º da Constituição, o legislador utilizou a expressão **gestante**, substantivo feminino que se refere à mulher em período de gravidez. Assim, o período constitucionalmente previsto no referido dispositivo tem como objetivo tutelar a mãe biológica, haja vista o seu estado peculiar. A mãe adotante, por sua vez, não precisa de um tempo para que seu organismo retorne ao *status quo ante* da gestação, justamente porque não o teve. Igualmente, antes da adoção, a adotante não era considerada mãe, e o momento da adoção de maneira alguma pode ser equiparado ao do nascimento;<sup>167</sup>

c) para sustentar a tese de que a licença-maternidade não é direcionada exclusivamente à criança, mas também à proteção da saúde da servidora, em fase final de gravidez, os tribunais utilizam a regra contida no § 1.º do art. 207, da Lei n.º 8112, de 11/12/90, a qual determina que “A licença poderá ter início no primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica”;

d) quando o estatuto, ao qual a servidora estiver subordinada, não previr licença à adotante pelo mesmo período constitucionalmente previsto à gestante, não pode concedê-la a Administração Pública, haja vista a atuação desta estar condicionada a prévia e expressa permissão legal;

e) por entender o Supremo Tribunal Federal que não se estende à mãe adotante o direito à licença, instituída em favor da empregada gestante pelo art. 7.º, inciso XVIII da Lei Magna, ficando o tratamento da matéria sujeito ao que determinar o legislador ordinário.

Observa-se, pois, que os argumentos de ambas as correntes são vários e, alguns deles, incompatíveis entre si. Os fundamentos utilizados pelos tribunais que

---

<sup>167</sup> Em sentido contrário, acórdão do STF de 2005: “À duração por prazo certo do contrato sobrevém gravidez que a Constituição protege com licença por 120 dias – CF, art. 7.º, VIII – que não protege a mulher-trabalhadora, mas ao nascituro e ao infante. Por isso, a temporariedade do contrato não prejudica a percepção da licença à gestante, se os últimos 120 dias da gestação têm início ainda na vigência do contrato.” (RE 287.905, Rel. Min. Carlos Velloso, Informativo 394). A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO, op.cit.



entendem ser extensível o direito à licença-maternidade à mãe servidora pública adotante (no caso de criança até 1 (um) ano de idade) pelo mesmo período da licença concedida à mãe biológica, são mais coerentes com os princípios albergados pelo ordenamento jurídico contemporâneo.

Quanto aos argumentos dos tribunais que não reconhecem à mãe servidora pública adotante o direito supramencionado, passa-se à análise dos pontos em que conflitam com o sistema jurídico e a interpretação sistemática das normas.

É notório que a mãe biológica e a adotante não se encontram em situação fática idêntica. Por outro lado, reconhecem os tribunais que não pode existir distinção entre filhos naturais e adotivos. Pergunta-se então:

a) se o objetivo principal da licença-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias é destinado à tutela da saúde da servidora gestante, por que o § 3.º do art. 127 da Lei n.º 8.112/90 determina que “No caso de natimorto, decorridos 30 (trinta) dias do evento, a servidora será submetida a exame médico, e se julgada apta, reassumirá o exercício do cargo”? Não deveria a servidora, nesse caso, permanecer licenciada por 120 (cento e vinte) dias?

b) se não há ofensa ao princípio da isonomia ao se conceder prazos diversos para mãe biológica e para a adotante, haja vista não estarem na mesma situação fática, não haveria, pois, afronta direta ao Princípio da Igualdade no que diz respeito ao tratamento desigual dado às crianças (filho biológico e adotivo), vez que estas se encontram em idêntica condição?

c) não sendo a licença destinada exclusivamente à mãe ou à criança, mas a ambos, então, na análise do caso concreto, qual interesse deveria prevalecer, levando-se em consideração as regras insertas no *caput* do art. 227 da Constituição Federal combinado com os artigos 3.º e 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente?

d) embora a Administração Pública não possa conceder direito não previsto expressamente em lei, e sendo a questão levada à apreciação do Poder Judiciário, não deve o juiz proceder conforme a regra inserida no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil que preceitua que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, usando como parâmetro os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3.º e seus incisos)?

e) se o Supremo Tribunal Federal entende que não se estende à mãe adotante o direito à licença, instituída em favor da empregada gestante pelo art. 7.º, inciso XVIII da Lei Magna, ficando o tratamento da matéria sujeito ao que determinar o legislador ordinário, pergunta-se: quando da elaboração das leis, não deve o legislador infraconstitucional obedecer ao que prescreve a Constituição, tanto do ponto de vista formal (processo legislativo), quanto do ponto de vista material, devendo o conteúdo das leis estar em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e, principalmente, com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, haja vista ser este um dos fundamentos que dão sustentação à República Federativa do Brasil (CF, art. 1.º, inciso III)?

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da exposição teórica desenvolvida ao longo do presente trabalho, chegou-se à conclusão de que a mãe servidora pública adotante de criança com até 1 (um) ano de idade, independentemente de previsão estatutária, tem direito à licença-maternidade com a mesma duração da licença concedida à gestante e mãe biológica pelos seguintes motivos:

1. A Constituição Federal de 1988, com fulcro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, atribuiu a todas as crianças e adolescentes a condição de sujeitos de direitos e estabeleceu um sistema especial de proteção especial aos seus direitos fundamentais, enumerados ao longo do texto constitucional e em especial no artigo 227. Esse sistema especial de proteção tem como justificativa a vulnerabilidade e a hipossuficiência desses indivíduos em relação aos adultos, devido à condição pessoal em que se encontram, ou seja, de pessoas em processo de desenvolvimento de personalidade e potencialidades. Esse sistema de proteção especial se mostra oportuno para que a dignidade humana da população infanto-juvenil seja respeitada, haja vista as violações de direitos que crianças e adolescentes sofreram ao longo da história, em nome da “proteção”, conforme exposto no capítulo primeiro.

2. Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente determinaram que esses direitos devem ser assegurados com absoluta prioridade pela família, pelo Estado e pela sociedade, sendo assegurado a todas as crianças e adolescentes, dentre outros direitos, o direito à convivência familiar. Desse modo, as crianças gozam de proteção prioritária e prevalente, independentemente da situação fática em que se encontram, devendo receber da família, do Estado e da sociedade tratamento único e igualitário regime de direitos fundamentais, sendo vedado pela Constituição e pelo Estatuto qualquer tratamento discriminatório, como por exemplo, negar à criança adotada que desfrute da companhia de sua mãe pelo mesmo período que desfrutaria, se filho biológico fosse.

3. Conseqüentemente, a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma que envolva interesses de crianças e adolescentes devem obediência aos princípios que regem o direito respectivo (proteção integral dos direitos fundamentais, prioridade absoluta), bem como ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, verdadeiro sustentáculo do ordenamento jurídico contemporâneo. Por outro lado, observa-se que o artigo 6.º da Lei Magna dispõe acerca da proteção à maternidade e à infância. Dessa forma, a leitura e a interpretação do artigo 7.º, *caput*, e inciso XVIII da Constituição Federal devem ser feitas de forma sistematizada, chegando o intérprete à conclusão de que a licença-maternidade deve ser estendida à servidora

adotante, a fim de que se dê efetividade à norma inserta no próprio artigo 6.º e, conseqüentemente, na norma disposta no artigo 227 da Lei Magna.

4. A criança precisa de cuidados especiais em seus primeiros meses de vida, sendo, portanto, o principal destinatário da licença-maternidade. Em virtude disso, o legislador constitucional garantiu a licença-maternidade à gestante pelo período de cento e vinte dias (art. 7.º, XVIII, CF) e, por óbvio, se o referido direito objetivasse prioritariamente a recuperação dos desgastes advindos da gravidez e do parto, no caso de natimorto, a trabalhadora deveria permanecer, de igual modo, afastada durante todo o período previsto na Constituição Federal. Desse modo, qual seria a intenção do legislador constitucional ao prever a proteção à maternidade e à infância? Teria ele o propósito de proteger somente a maternidade biológica?

5. O ordenamento jurídico brasileiro confere especial proteção à criança com ao menos duas finalidades: permitir-lhe a fruição de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e propiciar condições dignas e favoráveis para que sua personalidade e potencialidades se desenvolvam de forma satisfatória. Dessa forma, o artigo 3.º do Estatuto dispõe que serão asseguradas à criança, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade. Ora, se a criança adotada precisa da companhia e dos cuidados de sua nova mãe, para que possa se desenvolver de forma saudável em todos os aspectos, porém lhe é negada essa oportunidade pela lei estatutária a que está subordinada a adotante, recorrer ao judiciário não seria o meio para assegurar-lhe esse direito?

6. A Constituição Federal de 1988 eliminou, conforme redação do § 6.º do seu artigo 227, as distinções quanto à filiação, garantindo aos filhos, seja qual for a origem do vínculo de filiação, os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias. Portanto, como pode lei infraconstitucional tratar de forma desigual àqueles que foram declarados iguais pela Lei Suprema? Quando o caso concreto é apresentado à apreciação do judiciário, não deve o

intérprete (juiz) buscar o fundamento de validade da lei infraconstitucional na própria Constituição Federal?

7. Por fim, não se pode esquecer de que a adoção é uma forma de inclusão social e de que todas as crianças têm direito de crescer no seio de uma família. À criança acolhida por uma nova família não se pode negar a companhia da mãe, pois a licença-maternidade tem como objetivo resguardar o interesse social de que o ser humano atinja o desenvolvimento pleno e satisfatório, porque a formação de uma pessoa hígida e saudável é do interesse da comunidade e do próprio Estado.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Elmo José Duarte de. **Aspectos Relevantes dos Direitos Sociais de Prestação Frente ao Mínimo Existencial e à Reserva do Possível**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10357>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

ALMEIDA, Marta Cristina Nunes de. **Licença-maternidade de Adoção**. Disponível em: <<http://br.geocities.com/geadrecife/licenca.pdf>>. Acesso em 22 fev. 2008.

ALTMAN, Lawrence K; et al. **Manual Merck de Informação Médica – Saúde para a Família**. Disponível em: <[http://www.msd-brazil.com/msdbrazil/patients/manual\\_Merck/mm\\_sec22\\_243.html](http://www.msd-brazil.com/msdbrazil/patients/manual_Merck/mm_sec22_243.html)>. Acesso em: 10 fev.08.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2.ed. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ASSIS, Wilson Rocha. **A Normatividade dos Princípios e a Pós-modernidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8212>>. Acesso em 05 nov. 2007.

ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas. **A Extensão da Licença-maternidade à Adotante em Face do Princípio da Igualdade**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9928>>. Acesso em: 18 fev.08.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 31 out. 2007.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica (Você Conhece?)**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COELHO, Bernardo Leôncio de Moura. **A Proteção à Criança nas Constituições Brasileiras: 1824 a 1969**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf\\_139/r139-07.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_139/r139-07.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2007.

CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento Prolongado: Os Filhos do Esquecimento, a Institucionalização Prolongada de Crianças e as Marcas que Ficam.** Disponível em: <[http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj\\_site/jjj\\_site.home](http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/jjj_site.home)>. Acesso em: 07 mai. 2007

DEMO, Roberto Luis Luchi; SOMARIVA, Maria Salute. **Benefícios Previdenciários e seu Regimes Jurídicos.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8599>>. Acesso em: 11 jan. 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Era uma Vez.** In: In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA on-line. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm>>. Acesso em 18 fev. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1: Teoria geral do direito civil.

ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Saraiva. 2005.

FELLET, André Luiz Fernandes . **Direitos Humanos, Neoconstitucionalismo e Instituto da Transação Penal.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10150>>. Acesso em: 01 nov. 2007.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREDIANI, Yone. **Licença-maternidade à Mãe Adotante: Aspectos Constitucionais.** São Paulo: LTR, 2004.  
FREIRE, Ricardo Maurício. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais.** Salvador: JusPODIVM, 2008.



GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

GOMES, Patrícia Saboya. **Projeto de Lei do Senado nº. 281/2005**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/web/senador/PatriciaSaboyaGomes/projeto%20licen%C3%A7a-maternidade%20vers%C3%A3o%20final.doc>>. Acesso em 17 out. 2007.

GUIMARÃES, Arianna Stagni. **A Importância dos Princípios Jurídicos no Processo de Interpretação Constitucional**. São Paulo: LTR, 2003.  
HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos Filhos Havidos Fora do Casamento**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=528>>. Acesso em 26 jun. 2007.

JORNAL DO SENADO. Disponível em:  
<<http://www.senado.gov.br/jornal/noticia.asp?codNoticia=63878&dataEdicaoVer=20071022&dataEdicaoAtual=20071022&codEditoria=809&nomeEditoria=Decis%C3%A3o>>. Acesso em: 21 out. 2007.

LAJOLO, Marisa. **Infância de Papel e Tinta**. In: FREITAS, Marcos Cezar de (org.). **História Social da Infância no Brasil**. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2006.

LEAL, Luciana de Oliveira. **Liberdade da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEITE, Carla Carvalho. **Da Doutrina da Situação Irregular à Doutrina da Proteção Integral: Aspectos Históricos e Mudanças Paradigmáticas**. Disponível em: <[http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj\\_site/jjj\\_site.home](http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/jjj_site.home)>. Acesso em: 01 mar. 2007.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **Responsabilidade Civil dos Pais por Negligência na Educação e Formação Escolar dos Filhos: O Dever dos Pais de Indenizar o Filho Prejudicado**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em 22 fev.2008.

MACHADO, Marta de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos.** Barueri: Manole, 2003.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARCILIO, Maria Luiza. **A Roda dos Expostos e a Criança Abandonada na História do Brasil. 1726-1950.** In: FREITAS, Marcos Cezar de (org.). **História Social da Infância no Brasil.** 6.ed. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. **A Lenta Construção dos Direitos da Criança Brasileira - Século XX.** Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Biblio/txt/mluiza.html>>. Acesso em 05 jul. 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 15.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MATTOS NETO, Antônio José de. **Função Ética da Propriedade Imobiliária no Novo Código Civil.** Revista Jurídica Consulex. n.129, 31 de maio de 2002.1 CD-ROM.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Leonardo Barreto. **A Constitucionalização do Direito de Família.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2441>>. Acesso em 26 jun. 2007.

NUNES, RIZZATTO. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Saraiva, 2007.

PIKUNAS, Justin. **Desenvolvimento Humano.** 3.ed. São Paulo: McGraw-Hill, 1979.

PIROTTA, Kátia Cibelle Machado; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **O Impacto da Flexibilização das Leis Trabalhistas Sobre as Condições de Trabalho da Mulher.** Disponível em:

<[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2002/GT\\_Gen\\_ST22\\_Pirotta\\_texto.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2002/GT_Gen_ST22_Pirotta_texto.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2007.

RAMOS, Fábio Pestana. **A História Trágico-marítima das Crianças nas Embarcações Portuguesas no Século XVI.** In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das Crianças no Brasil.** São Paulo: Contexto, 2000.

RODRIGUES, Paulo Lima e Silva. **Os Princípios Constitucionais Penais e os Atos Infracionais.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10046>>. Acesso em: 01 out.2007.

SEGUNDO, Rinaldo. **Notas Sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626&p=2>>. Acesso em 01 out. 2007.

\_\_\_\_\_. **A Invenção da Infância: Pressuposto para a Compreensão do Direito da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4542>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 7.ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

SILVA, Marcelo Amaral da. **Digressões Acerca do Princípio Constitucional da Igualdade.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4143>>. Acesso em: 01 dez. 2007.

SOARES, Janine Borges. **A Construção da Responsabilidade Penal do Adolescente no Brasil: uma Breve Reflexão Histórica.** Disponível em :

< <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id186.htm>>. Acesso em 10 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. **O Garantismo no Sistema Infanto-juvenil.** Disponível em:  
<<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id214.htm>>. Acesso em 01 out. 2007.

SODRÉ, Liana Gonçalves Pontes. **Criança: A Determinação Histórica de um Cidadão Excluído.** In: Revistada FAEEBA Educação e Contemporaneidade. Salvador: UNEB, 2002.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico.** Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>, acesso em: 31 out. 2007.

VOLPI, Mário. **Sem Liberdade, Sem Direitos: A Privação da Liberdade na Percepção do Adolescente.** São Paulo: Cortez, 2001.

WINNICOTT, Donald D. **A Família e o Desenvolvimento Individual.** Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

## **ANEXOS**

**ANEXO A – Mandado de Segurança N.º 2006.01.00.042639-0/MG.**



**Processo:** MS 2006.01.00.042639-0/MG; MANDADO DE SEGURANÇA  
**Relator:** DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA  
**Convocado:** JUIZ FEDERAL ITELMAR RAYDAN EVANGELISTA (CONV.)  
**Órgão Julgador:** PRIMEIRA SEÇÃO  
**Publicação:** 21/09/2007 DJ p.3  
**Data da Decisão:** 31/07/2007  
**Decisão:** A Seção, por unanimidade, denegou a segurança.

**Ementa:** CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. **LICENÇA** MATERNIDADE. MÃE ADOTIVA. ART. 210 DA LEI 8.112/90. PRAZO DE NOVENTA DIAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ART. 7.º, XVIII CF/88. INOCORRÊNCIA. BENEFÍCIO INSTITUÍDO PELA LEI. PRECEDENTES. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Embora as licenças, à gestante e mãe adotiva, sejam também, e talvez precipuamente, direcionadas à proteção à criança - não merecendo neste ponto

qualquer distinção - têm como destinatárias a servidora gestante e a servidora **adotante**, que não se encontram em situação fática idêntica, razão pela qual a previsão de prazos distintos para as licenças de cada uma não ser considerada ofensiva ao princípio da isonomia.

2. Neste ponto, é de se observar a regra contida no § 1.º do art. 207 da Lei n.º 8.112/90, que possibilita o início da **licença** à gestante a partir do primeiro dia do nono mês de gestação, sujeito à antecipação a critério médico, dispositivo que demonstra que a **licença** à gestante não é direcionada exclusivamente à proteção da criança, mas também à proteção da saúde da servidora, em fase final da gravidez.

3. Precedentes: TRF 1.ª Região. AMS n.º 1993.01.12074-7/DF. Rel. Des. Federal Assusete Magalhães. DJ de 18.12.98 p. 1216; RE 197807/RS, Relator Min.º Octávio Galloti, DJ 18.08.2000 pp 00093; RE-AgR 222560/RS, Relator Min.º Carlos Velloso, DJ de 20.09.2002.

4. Segurança denegada. Sem honorários.

**Referência:** LEG:FED LEI:008112 ANO:1990 ART:00210 ART:00207 PAR:00001  
LEG:FED CFD:000000 ANO:1988 ART:00007 INC:00008 INC:00018 ART:00227  
PAR:00006

\*\*\*\*\* CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1.ª REGIÃO**  
MANDADO DE SEGURANÇA N.º 2006.01.00.042639-0/MG

## **RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL ITELMAR RAYDAN EVANGELISTA  
(RELATOR CONVOCADO):**

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de ato atribuído ao Diretor do Foro da Seção Judiciária do Mato Grosso, que indeferiu licença maternidade à impetrante, servidora pública e mãe adotiva, pelo pretendido prazo de 120 dias.

Pede a concessão da segurança ao fundamento de que o ato coator, conquanto fundado em dispositivo da Lei n.º 8.112/90, art. 210, mostra-se em desarmonia ao que estabelece a Constituição Federal em seu art. 7.º, XVIII, ao estabelecer que a licença à gestante tem duração de 120 dias. Que é ofensivo ao princípio da isonomia o deferimento de licença de 90 dias para a mãe adotiva, em face dos 120 dias previstos para a licença em favor da mãe biológica, já que não se pode estabelecer discriminação entre o filho, seja biológico ou adotado, tal como preceitua a Constituição Federal, em seu art. 227, § 6.º.

Em informações prestadas às fls. 48/49, a autoridade impetrada justificou a legalidade do ato, ressaltando não haver previsão legal para extensão da licença maternidade para mãe adotiva, pelo prazo de 120 dias.

Liminar indeferida.

Manifestando às fls. 57/60, a i. Procuradora Regional da República apresentou parecer pela denegação da segurança.

É, em síntese, o relatório.

PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1.ª REGIÃO**  
MANDADO DE SEGURANÇA N.º 2006.01.00.042639-0/MG

## **VOTO**

**O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL ITELMAR RAYDAN EVANGELISTA  
(RELATOR CONVOCADO):**

Ao fundamento de que ofensivo ao que preceitua o art. 7.º, VIII e 227, § 6.º, da Constituição Federal, pede a impetrante, servidora pública lotada na SJMT, concessão da segurança para que lhe seja estendida para o prazo de 120 dias, licença na condição de mãe adotiva, deferida pelo prazo de 90 dias.



A pretensão mandamental carece de fundamentos jurídicos que a amparem.

Embora à luz dos dispositivos constitucionais referidos, a licença gestante deve-se dar pelo prazo de 120 dias, e assim estabelecida em benefício do filho, tal disposição é de aplicação restrita à mãe biológica, assim expressamente referida pela Constituição.

A propósito da convicção ora expressada, é elucidativo o pronunciamento do Ministério Público ao enfatizar:

*“Embora as licenças em tela sejam também, e talvez precipuamente, direcionadas à proteção à criança – não merecendo neste ponto qualquer distinção – têm como destinatárias a servidora gestante e a servidora adotante, que não se encontram em situação fática idêntica, razão pela qual a previsão de prazos distintos para as licenças de cada uma não ser considerada ofensiva ao princípio da isonomia”.*

Neste ponto, é de se observar a regra contida no § 1.º do art. 207 da Lei n.º 8.112/90, que possibilita o início da licença à gestante a partir do primeiro dia do nono mês de gestação, sujeito à antecipação a critério médico, dispositivo que demonstra que a licença à gestante não é direcionada exclusivamente à proteção da criança, mas também à proteção da saúde da servidora, em fase final da gravidez.

Ilustra o tema acerca do prazo da licença à adotante o seguinte julgado:

*“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDORA DO BACEN – LICENÇA À ADOTANTE – ART. 210 DA LEI N.º 8.112/90 – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART 251 DA LEI N.º 8.112/90 – ADIN N.º 449-DF.*

*I – (omissis)*

*II – Aplicável a Lei n.º 8.112/90 aos servidores do BACEN, descabe a extensão analógica do prazo de licença remunerada à gestante – 120 dias, previsto no art. 207 da Lei n.º 8.112/90 – à licença em caso de adoção, se o art. 210 do aludido diploma legal estatui, especificamente, para a segunda hipótese, licença de 90 (noventa) dias, em caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade.*

*III – Preliminares rejeitadas. Apelação e remessa oficial parcialmente providas”.*

(TRF 1.ª Região. AMS n.º 1993.01.12074-7/DF. Rel. Des. Federal Assusete Magalhães. DJ de 18.12.98 p. 1216).

De salientar-se que o Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência no sentido de que a previsão da licença à adotante não é de índole constitucional, devendo ser tratada em legislação ordinária, tal como a Lei n.º 8.112/90. É o quanto se depreende dos seguintes julgados:

*“Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7.º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria”.*

(RE 197807/RS, Relator Min.º Octávio Galloti, DJ 18.08.2000 pp 00093)

*“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONTENCIOSO DE DIREITO COMUM.*

*I – Distinção entre mãe biológica e mãe adotiva: questão que integra o contencioso de direito comum.*

*II – Agravo não provido”.*

(RE-AgR 222560/RS, Relator Min.º Carlos Velloso, DJ de 20.09.2002)

Ante estas razões que adoto como fundamentos para decidir, DENEGO a segurança. Sem honorários de sucumbência.

É como voto.

**ANEXO B – Apelação em Mandado de Segurança N.º 99092-PB  
(2006.82.00.006897-4)**

**PODER JUDICIÁRIO**

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO**

Gabinete da Desembargadora Federal Margarida Cantarelli

**APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 99092-PB (2006.82.00.006897-4)**

APELANTE: UNIÃO

APELADO: MARIA DO SOCORRO DE ARAUJO FERREIRA

ADV/PROC: GLAUCIA FERNANDA NEVES MARTINS

REMETENTE: JUÍZO DA 1.ª VARA FEDERAL DA PARAÍBA (JOÃO PESSOA)

Origem: 1.ª Vara Federal da Paraíba - PB

RELATORA: Desembargadora Federal **MARGARIDA CANTARELLI**

**EMENTA:** ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. MENOR DE UM ANO DE IDADE ADOTADA. LICENÇA-MATERNIDADE. CENTO E VINTE DIAS. TRATAMENTO ISONÔMICO. FILHO BIOLÓGICO E/OU ADOTIVO. LEIS 8.112/90 E 10.421/02. CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE.

I – Da mesma forma que a mãe biológica que trabalha fora de casa precisa da licença-maternidade (de cento e vinte dias) para acompanhar mais de perto a evolução da criança nos seus primeiros meses de vida, criando os laços de afeto e amor fundamentais ao seu pleno desenvolvimento físico e psicológico, à mãe adotante com maior necessidade de adaptação à nova situação deve ser estendida tal garantia.

II - A vista da prevalência da Constituição sobre as normas ordinárias, e, ainda, em homenagem aos Princípios da Igualdade e da Isonomia, mantém-se a concessão de licença-maternidade com prazo de 120 (cento e vinte) dias à mãe adotante, funcionária pública federal em virtude da guarda de menor com pouco mais de dois meses de vida.

III – Remessa oficial e apelação improvidas.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA, em que são partes as acima mencionadas.

ACORDAM os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5.<sup>a</sup> Região, à unanimidade, em negar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 21 de agosto de 2007.

Desembargadora Federal **MARGARIDA CANTARELLI**  
RELATORA

**APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 99092-PB(2006.82.00.006897-4)**

APELANTE: UNIÃO

APELADO: MARIA DO SOCORRO DE ARAUJO FERREIRA

ADV/PROC: GLAUCIA FERNANDA NEVES MARTINS

REMETENTE: JUÍZO DA 1.<sup>a</sup> VARA FEDERAL DA PARAÍBA (JOÃO PESSOA)

Origem: 1.<sup>a</sup> Vara Federal da Paraíba - PB

RELATORA: Desembargadora Federal **MARGARIDA CANTARELLI**

### **RELATÓRIO**

**A EXMA. DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA**

**CANTARELLI (Relatora):** MARIA DO SOCORRO DE ARAUJO FERREIRA, funcionária pública federal, na qualidade de mãe adotante, impetrou mandado de

Segurança contra ato do Chefe da Divisão de Convênios e gestão do Ministério da Saúde – Núcleo Estadual na Paraíba, objetivando a concessão de licença-maternidade com prazo de 120 (cento e vinte) dias, em virtude da guarda de menor com pouco mais de dois meses de vida.

Liminar concedida determinando que o impetrado concedesse a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, tendo em vista a guarda da menor Isabel Cristini Cordeiro Santos, nascida em 26/07/2006.

A União interpôs Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, ressaltando que a licença-maternidade dos servidores regidos pelo Regime Jurídico Único segue os ditames Lei n.º 8.112/90. Explicitou também que não se pode aplicar, por analogia, aos servidores regidos pelo RJU dispositivos da Lei n.º 8.212/91, legislação específica dos previdenciários, que se regem pela CLT, muito menos o Princípio da Igualdade, por se tratarem de situações distintas. Proferi despacho liminar convertendo o recurso em agravo retido, em obediência aos ditames do artigo 527, II, do CPC, na redação da Lei n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005.

Parecer ministerial pela concessão da ordem.

Ao final, a MM. Juíza de Primeiro Grau concedeu a segurança. Reexame necessário. Inconformada, apela a União, com as razões de fls. 73/76, sem pedir a apreciação do agravo retido nos autos.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

**APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 99092-PB(2006.82.00.006897-4)**

**APELANTE: UNIÃO**

**APELADO: MARIA DO SOCORRO DE ARAUJO FERREIRA**

**ADV/PROC: GLAUCIA FERNANDA NEVES MARTINS**

**REMETENTE: JUÍZO DA 1.ª VARA FEDERAL DA PARAÍBA (JOÃO PESSOA)**

**Origem: 1.ª Vara Federal da Paraíba - PB**

**RELATORA: Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI**

**VOTO**

**A EXMA. DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):** A Constituição Federal vigente assim expõe em seu artigo 6.º:

*“Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”*  
Mais adiante, assim prevê em seu artigo 40, § 12:

*“Art. 40. Omissis.*

*§ 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social (grifos nossos).”*

Ainda dispõe o artigo 227, § 6.º, da mesma Carta Magna:

*“Art. 227. Omissis.*

*§ 6.º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”*

Da mesma forma, faz-se necessária a transcrição do artigo 3.º da Lei n.º 10.421/02, que acrescentou o artigo 71-A à Lei n.º 8.212/91, que trata da Previdência Social, assim redigido:

*“Art. 3.º da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:*

*Art. 71 - À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1 (um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.”*

Diante dos dispositivos legais trazidos à colação, infere-se que a decisão da MM. Magistrada de Primeiro encontra-se irretocável, haja avista a prevalência da Constituição sobre as normas ordinárias, e, ainda, em homenagem ao Princípio da Isonomia.

Por outro lado, não se deve tratar diferentemente os iguais, nem vice-versa, sob pena de malferimento ao Princípio da Igualdade, sabiamente consagrado pela Constituição Federal.

Sobre a matéria tratada nos autos, cito a seguinte jurisprudência:

***“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REMESSA OFICIAL. NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. MÃE ADOTIVA. CABIMENTO.***

***1. Cuidando-se de sentença proferida após a alteração introduzida pela Lei n.º 10.352/01, que deu nova redação ao § 2.º do art. 475 do CPC, não se conhece da remessa oficial de sentença com condenação ou controvérsia recursal não excedente a 60 salários mínimos.***

*2. Mesmo antes de publicada a lei que concedeu o direito ao salário maternidade à mãe adotante, já era pacífico na jurisprudência dessa Corte tal extensão, tendo em vista o fim que rege o benefício. Possível a analogia com a Lei n.º 8.213/91, art. 210, para estender o direito de licença por adoção à segurada filiada ao Regime Geral de Previdência Social.”*

(TRF 4.<sup>a</sup> Região, AC Processo: 200171000053116 RS, DJU 30/03/2005, relator Dês. Fed. João Batista Pinto Silveira)

**“PREVIDENCIÁRIO - SALÁRIO-MATERNIDADE - MÃE ADOTIVA - CABIMENTO.**

*1 -A Lei 10.421, de 15 de abril de 2002, estendeu à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade.*

*2 - Sendo a autora segurada da Previdência Social e tendo ela obtido a guarda judicial para fins de adoção de criança com até um ano de idade, lhe é devido o benefício do salário-maternidade pelo período de 120 dias consistente numa renda mensal igual a sua remuneração integral, conforme disposto no artigo 72 da Lei 8.213/91.*

*3 - Mesmo antes de aprovada a lei que concedeu o direito ao salário-maternidade à mãe adotante, já era pacífico na jurisprudência desta Corte tal extensão, tendo em vista o fim que rege o benefício, não só em relação à parturiente, mas em prol da própria criança e seu necessário convívio com a família em seus primeiros meses de vida. Para tal objetivo não se vislumbra qualquer diferença entre filhos adotivos ou não-adotivos.”*

(TRF 4.<sup>a</sup> Região, REO Processo: 200271110005832 UF: RS, DJU

DATA: 08/01/2003, Antonio Albino Ramos de Oliveira)

**“ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. ADOÇÃO. FILHO MENOR DE 1 (UM) ANO DE IDADE. LICENÇA-MATERNIDADE. PRAZO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS. ISONOMIA COM AS SERVIDORAS GESTANTES. ARTS. 6.º E 227, CAPUT E § 6.º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

*- O art. 6.º, caput da Lex Fundamental estabelece como um dos direitos sociais a proteção à maternidade e à infância. Já o art. 227, caput do texto constitucional prevê como um dos deveres da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito, dentre outras coisas, à convivência familiar; e o § 6.º, do mesmo dispositivo reconhece a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos havidos ou não do casamento ou por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*

*- Se a própria Constituição Federal assegura a proteção à maternidade e à infância, tratando isonomicamente os filhos naturais e os adotivos, além de estabelecer como um dos deveres do Estado assegurar à criança o direito à convivência familiar, não há como se acolher a tese albergada no texto da Lei n.º 8112/90 - arts. 207 e 210 - de que servidoras gestantes e adotantes devem ter direito à licença-maternidade com prazos diferenciados.*

*- Se a lei propõe que uma mãe que gera seu próprio filho precisa de 120 (cento e vinte) dias para cuidar, mais de perto, dessa criança e, a partir*

*daí, criar os laços de afeição e amor que une a família, deveria ter previsto a situação das mães adotantes que, com certeza, seja por motivos orgânicos ou mesmo psicológicos, precisam de muito mais tempo para se adaptarem à nova situação e para criarem essa relação de intimidade e cumplicidade com os filhos.*

*- Esse período de licença-maternidade, na verdade, não deve ser entendido apenas como um direito da mãe, mas, também, como um direito da criança de ter ao seu lado, durante, aproximadamente, 4 (quatro) meses, a presença de sua genitora, provendo-a não só das necessidades alimentares básicas decorrentes dos primeiros meses de vida, como também das psicológicas.*

*- Diante da incompatibilidade criada pela norma infraconstitucional entre situações de mesmo jaez - arts. 207 e 210 da Lei n.º 8112/90 - impõe-se conferir à redação do art. 210 interpretação conforme a Constituição.*

*Mandado de segurança procedente.”*

(TRF 5ª REGIAO, MS 95991 RN, DJ 16/01/2007, Desembargador Federal Jose Maria Lucena)

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação.

É como voto.